

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
RICARDO BUSANA GALVÃO BUENO

A CONFIDENCIALIDADE DA ARBITRAGEM E OS CONTRATOS COLIGADOS

CURITIBA
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**A CONFIDENCIALIDADE DA ARBITRAGEM E OS CONTRATOS COLIGADOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a aquisição do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

RICARDO BUSANA GALVÃO BUENO

A CONFIDENCIALIDADE DA ARBITRAGEM E OS CONTRATOS COLIGADOS

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Orientador

Prof.^a Dr.^a Adriana Espíndola Correa

Prof.^a Ma. Glenda Gonçalves Gondim

Curitiba, 4 de dezembro de 2013.

“A vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro nesta vida”

Vinícius de Moraes & Baden Powell

À Marina

“Gracias a la vida que me ha dado tanto”

Violeta Parra

Nenhuma caminhada se trilha sozinho. Até o que percorre em total solidão a sua jornada deve agradecer àquele que lhe ensinou a caminhar. Por isso, quero agradecer às pessoas queridas que vêm me ensinando tanto a tanto tempo.

Em primeiro lugar, meus pais, Alexandre e Ana Maria. Deram-me a vida e me ensinaram o amor.

Aos meus avós. A Helena e a Lila, pelo exemplo de vida, pela coragem de viver a vida que escolheram em um mundo que lhes dizia que não podiam decidir. A Affonso, cuja falta ainda oprime e cujo carinho ainda aquece. A Dante, cujos passos firmes têm apontado, desde há muito, a direção.

Às minhas irmãs. A Luísa, companheira leal e apoio sincero destes cinco anos de caminhada. A Letícia, cuja presença ainda acalma as dúvidas e revigora.

Aos meus queridos amigos da Faculdade de Direito, Aulus, David, Paula e Wilter, companhia certa e querida desde os tempos de *Boulevard*. Aos *peers*.

Aos meus queridos “amigos de Cascavel”, com quem tenho, “desde sempre”, multiplicado minhas alegrias e dividido minhas tristezas.

Ao professor Rodrigo, mestre que tem me acompanhado nesta caminhada, a quem devo tantas oportunidades e tantas lições.

À professora Ana Carla, pelos primeiros passos no direito privado.

À Faculdade de Direito, que muda nossas vidas e que eu, como orgulhoso aluno de sua 101ª Turma, nunca poderei agradecer suficientemente.

Por fim, àquela que tem sido a razão e o impulso para tudo, desde que a vida permitiu nosso encontro. À Marina. Pelas horas roubadas, pela revisão e crítica do trabalho, pelo apoio essencial, pelo carinho e pelo amor.

Por ter-me feito escravo da alegria.

A todos, muito obrigado.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo.

CCB – Código civil brasileiro; Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2.002.

CDC – Código de defesa do consumidor; Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1.990.

CF – Constituição da República Federativa do Brasil.

Inc. – Inciso.

LBA – Lei brasileira de arbitragem; Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1.996.

LINDB – Lei de introdução às normas do direito brasileiro; Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1.942.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO

Esta pesquisa aborda uma das perspectivas possíveis para a interação entre o fenômeno dos contratos coligados e a arbitragem, a saber, aquela que discute a confidencialidade deste meio “alternativo” de solução de litígios jurídicos, em contraposição à aptidão daquele fenômeno de gerar contágio de invalidades e ineficácias entre os contratos postos em coligação.

Procurou-se adotar nesta monografia a noção de arbitragem como “meio adequado” para a solução de certos litígios, aduzindo-se expressamente a necessidade de que suas características sejam pensadas sempre tendo em vista sua relevância para a adequação (ou inadequação) da via arbitral para o julgamento do caso concreto. Destarte emerge a confidencialidade como uma das principais “vantagens” da arbitragem para a solução de alguns tipos específicos de disputas.

É necessário, portanto, cuidado ao tratar da confidencialidade da arbitragem. No entanto, diante do reconhecimento (ainda que tardio) do fenômeno da coligação contratual pela doutrina e jurisprudência brasileiras, alguma ordem de flexibilização se impõe.

Esta flexibilização, que deve servir tão somente a proteger a incolumidade da esfera jurídica dos participantes da coligação “não-partes” da arbitragem, vem justificada, como se mostra no trabalho, pela existência de deveres de proteção no âmbito da coligação.

Tais deveres agem evitando que os participantes gerem danos uns aos outros, ainda que sem qualquer culpa ou dolo. É dizer, como se defende a abalizada doutrina que sustenta o estudo de tais deveres, eles constituem mesmo uma terceira via na responsabilidade civil, colocando-se entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, para gerar uma dimensão a mais de garantia dos agentes.

A existência destes deveres no âmbito da coligação não é novidade apresentada por esta pesquisa, já tendo sido investigada desde os primeiros estudos de fôlego sobre a matéria no Brasil.

Com base nestes fundamentos jurídicos, o texto afirma a possibilidade de que sejam reconhecidas situações nas quais, diante do quadro concretamente analisado pelos árbitros, a relativização da confidencialidade se imponha como medida adequada à realização dos diversos interesses contrapostos.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem; confidencialidade; contratos coligados; deveres de proteção

ABSTRACT

This research approach one of the many possible perspectives about the interaction between the phenomenon of the connected contracts and the arbitration, namely, that one that discusses the confidentiality of this “alternative” solution method of legal disputes versus that one’s ability to allow propagation of nullities or voids between the connected contracts.

It was tried to adopt in this monograph the notion of arbitration as a “proper way” to solve a special kind of litigation. It was expressly stressed the necessity that arbitration’s technical features are always thought taking in consideration their relevance for the adequacy (or inadequacy) of the arbitral solution for the case. Thus emerges the confidentiality as one of the most important “advantages” of the arbitration for the solution of a specific kind of disputes.

Therefore it is demanded vigilance while discussing arbitration’s confidentiality. Nevertheless, against the acknowledgment (although, late) of the connected contracts’ phenomenon by the legal doctrine and the Tribunals in Brazil, some flexibility must be recognized.

This flexibility, which must come only to protect the network’s participants’ rights integrity, that happen to be “non-parties” to the arbitration, is justified by the existence of protection’s duties in the contracts’ network.

Those duties act preventing the participants to generate harm to which other. This responsibility is recognized even if they behave without any guilty or bad faith. In other words, as stands the doctrine, these duties constitute a “third way” in the legal responsibility, finding their place between contract’s responsibility and tort law, in order to increase the protection of the agents.

The existence of this kind of duties among the connected contracts is not something new or revolutionary, brought by this research. It has been studied since the first relevant studies of the contracts’ network in Brazil.

Based on these fundamentals, the text that follows stands the possibility that some situations are to be recognized, against the case analyzed by the arbitrators, in which some flexibility upon the confidentiality may be the adequate measure for the composition of the several conflicting interests.

KEY WORDS: *arbitration; confidentiality; connected contracts; networks; implied duties*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	p. 11
2. A arbitragem e suas características no direito brasileiro.....	p.17
2.1. Conceito de arbitragem.....	p. 17
2.2. Impacto da LBA na teoria e na prática da arbitragem.....	p. 17
2.3. O fundamento da arbitragem no Brasil.....	p. 22
2.4. As características da arbitragem apontadas pela doutrina.....	p. 24
2.4.1. Confidencialidade.....	p. 26
2.4.1.1. Fundamentos voluntários.....	p. 28
2.4.1.2. Fundamento legal.....	p. 30
2.4.1.3. O atual panorama.....	p. 33
3. Os contratos coligados.....	p. 35
3.1. Intróito.....	p. 35
3.1.1. A questão terminológica.....	p. 38
3.1.2. Conceito de contratos coligados.....	p. 40
3.1.3. A “operação econômica supracontratual”.....	p. 40
3.1.4. Elementos da coligação contratual.....	p. 43
3.1.5. Classificação dos contratos coligados.....	p. 46
3.2. Consequências jurídicas da coligação contratual.....	p. 51
3.2.1. Consequências no plano da validade.....	p. 52
3.2.2. Consequências no plano da eficácia.....	p. 55
3.2.3. Os deveres laterais sistemáticos.....	p. 59
3.2.4. Como o reconhecimento dos efeitos relacionados à coligação contratual atinge a posição dominante sobre os fundamentos e efeitos da arbitragem.....	p. 59
4. Relativização da confidencialidade da arbitragem diante da constatação da ocorrência de uma coligação contratual.....	p. 62
4.1. As premissas.....	p. 64
4.1.1. A existência da coligação contratual.....	p. 64
4.1.2. A possibilidade de transmissão de “vicissitudes”.....	p. 65

4.2. O fundamento jurídico – os deveres de proteção.....	p. 67
4.2.1. O conceito de deveres de proteção.....	p. 67
4.2.2. O fundamento dogmático dos deveres de proteção.....	p. 68
4.2.3. Os deveres de proteção e os contratos coligados.....	p. 74
4.2.3.1. Os contratos conexos – deveres sistemáticos...	p. 75
4.2.3.2 A coligação por cláusula expressa.....	p. 76
4.2.3.3. A coligação em sentido estrito.....	p. 79
4.3. A contrapartida.....	p. 80
5. Conclusões.....	p. 82
6. Referências bibliográficas.....	p. 86

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho será apresentada e discutida uma das muitas perspectivas possíveis à problemática criada pela interação teórica e prática da arbitragem com o fenômeno dos contratos coligados.

Procurar-se-á compreender a questão da confidencialidade da arbitragem em consonância com a renovada teoria contratual que envolve a temática dos contratos coligados.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a arbitragem oferece uma solução célere, especializada e definitiva para conflitos jurídicos num país em que a atual situação fática do Poder Judiciário impede a prestação de serviços públicos com a qualidade necessária.

Com isso não se pretende sustentar que a arbitragem se nutre dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário. Muito pelo contrário, é fora de dúvida que a arbitragem depende do bom desempenho estatal da função jurisdicional.

Pode-se afirmar isto diante da constatação de que muitas vezes os juízes e Tribunais estatais prestam relevantes papéis para a arbitragem, por exemplo na questão da execução específica perante o Poder Judiciário das cláusulas arbitrais, prevista no art. 7º da LBA, ou no provimento de medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias, que se fazem necessárias antes da instalação do tribunal arbitral.

Os juízes e Tribunais no Brasil têm sido bons parceiros da arbitragem, mostrando boa compreensão dos benefícios que ela pode oferecer à segurança jurídica, à pacificação das relações sociais e mesmo ao problema do abarrotamento do Poder Judiciário com causas que este não tem vocação para julgar.

A arbitragem, ao colocar-se como alternativa ao Judiciário estatal, aberta que está a todos os que, tendo capacidade de fato, procurem dirimir conflitos atinentes a direitos patrimoniais e disponíveis, pode evitar que causas de grande complexidade e imensa relevância estratégica para as partes ganhem o rumo do processo estatal, com sua necessária publicidade¹ e sua eventual morosidade, causada pela falta crônica de estrutura adequada à função de julgar.

¹ Publicidade que, em certos casos, pode significar a devassa de segredos comerciais e industriais.

Quer-se ressaltar aqui, sobre todas as outras características da arbitragem, também importantes, a extrema relevância que assume a sua confidencialidade para as partes que dela aproveitam.

A confidencialidade revela-se uma das grandes “vantagens” da arbitragem, pois retira do alcance de curiosos ou mal-intencionados informações importantes e estratégicas das partes, preservando a titularidade exclusiva de dados, por exemplo, a respeito da organização produtiva, societária ou de propriedade industrial.

A arbitragem está baseada, como deve ser, no sistema jurídico brasileiro, na autonomia privada das partes.² Em outras palavras, apenas a autonomia das partes, atuando através do seu consenso em torno de uma cláusula arbitral vinculante a ambas, pode afastar o litígio do Estado-juiz e colocá-lo sob a órbita de competência de um árbitro privado.

Desta inatacável premissa, retiram notáveis autores, com acerto, a relatividade dos efeitos vinculantes da cláusula arbitral. Ou seja, a cláusula arbitral vincula obrigatoriamente apenas as partes que a celebraram.

Tudo isto parece absolutamente incontestável diante de uma noção tradicional de contrato e de autonomia privada.

Entretanto, contemporaneamente novas perspectivas se abrem para o direito privado. Os fenômenos da constitucionalização e da funcionalização são o exemplo mais evidente disto. Ao lado destas mudanças mais ‘famosas’ do direito privado coloca-se também o fenômeno dos contratos coligados.

No entanto, antes se aprofundar o tratamento destes, deve-se deixar claros alguns posicionamentos.

Entende-se que a arbitragem, para além de alternativa ao juízo estatal de solução de conflitos jurídicos, constitui um “meio adequado” à resolução de certos tipos de litígios.³

Ou seja, há diversos litígios, sobretudo conflitos empresariais e societários complexos, que podem ser “mais adequadamente” solucionados no âmbito de um Tribunal arbitral do que no Poder Judiciário.⁴

² No sistema jurídico brasileiro a arbitragem obrigatória estaria eivada de inconstitucionalidade insanável, por força da norma extraída do inc. XXXV do art. 5º da CF.

³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 34.

⁴ Ainda que este fosse capaz de prestar a tutela jurisdicional de maneira célere, posto que este conta com algumas características que, *positivas* num aspecto geral, em alguns conflitos específicos podem se revelar *prejudiciais*, como, p.ex., a publicidade do processo e a falta de especialização dos juizes.

A arbitragem, para além de auxiliar o Estado na prestação de sua função jurisdicional, oferece, por suas características, a forma mais adequada de solução de certos litígios.

Em outras palavras, litígios que envolvem, p.ex., estratégias comerciais que precisam ser mantidas em segredo, ou uma alta complexidade e especialidade temática, ou ainda contratos internacionais, podem ser, em princípio, melhor resolvidos pelo árbitro privado do que pelo juiz estatal. Isto se dá, principalmente, pela confidencialidade, especialidade e flexibilidade, sobretudo na determinação da lei aplicável ao litígio,⁵ que cercam o desempenho profissional daquele, em contraponto à certas características inarredáveis, como a publicidade e generalidade, que marcam o exercício funcional deste.

Destarte, as soluções expostas neste trabalho serão sempre confrontadas com a premissa que determina ser necessário respeitar as características fundamentais da arbitragem para preservar sua atratividade. Ou seja, neste trabalho a via arbitral será considerada e discutida como método “adequado” de solução de um certo tipo de conflito – raciocínio que valoriza suas características de celeridade, especialidade, confidencialidade e flexibilidade procedimental.⁶

Afirmada claramente esta posição, cumpre agora analisar, a título de introdução, o tema dos contratos coligados e o ponto de ligação entre estes e a arbitragem.

O fenômeno designado genericamente de contratos coligados refere-se, em linhas gerais, à vinculação que surge entre dois ou mais contratos autônomos (tenham ou não as mesmas partes) em torno de um fim comum, tendo como substrato uma operação econômica única.⁷

⁵ Lembre-se que a LINDB retirou, na visão da doutrina mais abalizada, a autonomia da vontade no âmbito internacional, i.e., proibiu a eleição da lei aplicável aos contratos internacionais por disposição das partes. Por outro lado, a LBA expressamente a consagrou, acompanhando a tendência amplamente majoritária no direito comparado. Para aprofundamentos, vide ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. 4ª Edição revista e ampliada; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 120. Destarte, criou-se no Brasil (de maneira contrária à ideia de ‘sistema jurídico’) a peculiar situação de que contratos internacionais, cujos litígios são resolvidos pelo Poder Judiciário, não podem, em regra, conter determinação da lei aplicável, por outro lado, contratos (ainda que não internacionais, vide art. 2º, §1º da LBA) que contenham cláusulas arbitrais permitem a escolha da lei aplicável.

⁶ Em âmbito de arbitragem internacional, também a neutralidade dos árbitros quanto à proveniência das partes.

⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 99. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em*

A coligação contratual, ainda que se baseie, de certo modo, também na autonomia privada,⁸ oferece certa flexibilização da noção de “relatividade dos efeitos contratuais”, posto que se afigura plenamente possível e comum a transmissão de vicissitudes de um contrato a todos os outros participantes da coligação, a repercutirem tanto no plano da validade quanto no da eficácia.

Desta forma pode ocorrer, p.ex., que um contrato celebrado entre as partes A e B venha a perder sua validade ou sua eficácia diante de vicissitudes relacionadas a um contrato firmado entre C e D.

O reconhecimento jurídico do fenômeno da coligação de contratos vem da concreta pressão das relações sociais e econômicas brasileiras sobre o sistema jurídico. Nas últimas décadas a especialização, dinamização e divisão dos riscos têm sido a tônica da atividade econômica nacional, levando o direito a procurar adaptar suas soluções a esta nova configuração das relações.

A isto veio aliar-se a constitucionalização e funcionalização do direito privado, forçando a construção de uma “nova” teoria geral dos contratos no Brasil.

Diante desta nova teoria geral, que se impõe, surge inevitavelmente a questão: como lidar com cláusulas arbitrais insertas em contratos coligados?

Pedro A. Batista Martins, em corajoso e inovador artigo publicado em junho de 2012, já indicava problemática bastante próxima da tratada neste trabalho, afirmando que:

A função social do contrato repercute o princípio constitucional da igualdade substancial, em oposição ao, nem sempre saudável, puro individualismo. (...) Com o implemento dos princípios da função social, da solidariedade, eticidade e da socialidade, resta reprimido e mitigado o pressuposto da relatividade do contrato. Os princípios tradicionais do direito contratual – autonomia privada, obrigatoriedade dos contratos e relatividade do contrato – passam a conviver com princípios emergentes, que apontam para uma ordem jurídica renovada [Antônio Junqueira de Azevedo]. (...) Com certeza, esse valores impõem limitações ao direito contratual. Restrições essas que operam efeitos, justamente em favor de terceiros interessados. E é por esse caminho que sugiro seja pensado o interesse de terceiros que, espontaneamente, buscam integrar um dos polos da relação processual arbitral. (...) Por fim, é de salientar que a nova concepção contratual e a

homenagem à Professora Vera Fradera. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 2.

⁸ As partes erigem um fim concreto comum, ou vêem surgir uma causa sistemática que faz reunir seus contratos em torno da operação econômica comum.

adoção do princípio da função social do contrato conduzem a uma revisitação do pressuposto da relatividade.⁹

Veja-se, portanto, que a questão trazida acima não é artificialmente construída, mas decorre das diferentes lógicas impostas (sobretudo pela doutrina) a temas que vão se cruzar diariamente na prática e na teoria do direito.

Essas lógicas são, por um lado, a assunção como dogma incontestável do princípio da relatividade dos efeitos da cláusula arbitral, decorrente de uma leitura exacerbada da autonomia privada que embasa a arbitragem, e, de outro lado, uma flexibilização do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em prol de uma visão renovada do direito.

Como dito, diversos enfoques podem ser dados ao tema. Pode-se questionar, por exemplo, a possibilidade da intervenção voluntária no procedimento arbitral dos demais participantes da coligação,¹⁰ posto que poderiam ter interesse jurídico em defender a validade ou eficácia daquele contrato, que há de influir na validade ou eficácia dos contratos de que são partes.

Ainda é possível questionar acerca da competência dos árbitros para julgar litígios relacionados à coligação e não ao contrato isolado onde está inserta a cláusula arbitral que lhes outorgou poderes jurisdicionais sobre o caso.

Para além disso, pode-se indagar sobre a situação prática bastante complexa que surgiria pela instalação de diversos procedimentos (arbitrais e/ou judiciais) em torno de distintas relações contratuais autônomas inseridas dentro de uma coligação contratual e da possibilidade (aterrorizadora, mas presente) de soluções conflitantes.

Por fim, também é possível indagar a respeito da confidencialidade que cerca a arbitragem: pode ser ela oposta, e, se sim, em qual grau, às partes dos demais contratos coligados? Este assunto será discutido com mais calma no terceiro e último capítulo deste trabalho, adiantando-se, desde já, que parece certo dever se admitir algum grau de flexibilização na confidencialidade da arbitragem com relação aos outros participantes dos contratos coligados, dadas, naturalmente, algumas premissas e fundamentos.

⁹ BATISTA MARTINS, Pedro A. *Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 33, p. 245 a 269, ano 9, abril a junho/2012, p. 264 e 265.

¹⁰ Esta é a principal dúvida de que trata Batista Martins no texto citado, que conclui pela possibilidade da intervenção voluntária de terceiros interessados na arbitragem, dados os novos princípios que regem o direito contratual contemporâneo. In: BATISTA MARTINS, Pedro, *Op. cit.*, p. 245 a 269.

Poderia ser levantada a seguinte contestação: estes problemas apontados não surgiriam também no trato do Poder Judiciário com os contratos coligados? Pode-se dizer que não, ao menos não na mesma intensidade. Em primeiro lugar o procedimento judicial é, em princípio, público, o que dá amplo acesso à informação a todas as partes dos contratos coligados, mesmo àquelas que não participam do procedimento.

Ademais, há amplas possibilidades de intervenção de terceiros, inclusive compulsórias, em nosso sistema processual estatal, o que não existe hoje em arbitragem e tampouco parece ser possível sua acrítica transposição ao procedimento arbitral. Por fim, o Poder Judiciário pode reunir, como faz constantemente, ações conexas para julgamento conjunto, o que também pode ser um problema na arbitragem.

Destarte, este trabalho será dividido em três capítulos:

- (i) no primeiro tratar-se-á da arbitragem no Brasil, suas principais características e, de maneira específica, sua confidencialidade;
- (ii) no segundo será apresentado o fenômeno dos contratos coligados, serão oferecidas precisões terminológicas, as consequências suas que mais interessam a este trabalho e, sobretudo, serão analisados os principais pontos de contato desta teoria com a arbitragem;
- (iii) no terceiro capítulo, enfim, será discutida a relativização da confidencialidade da arbitragem dentro de um ambiente de coligação contratual, quais as premissas para esta medida e os principais fundamentos a embasá-la;

2. A ARBITRAGEM E SUAS CARACTERÍSTICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. Conceito de arbitragem

A arbitragem é um meio alternativo ou extrajudicial de solução de conflitos jurídicos “através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”¹¹.

Deste modo, a arbitragem está “à disposição de quem quer que seja, para soluções de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais possa dispor”¹².

2.2. Impacto da LBA na teoria e na prática da arbitragem

Contemporaneamente assiste-se à consolidação cultural e jurídica da solução arbitral de conflitos, tanto no plano da formulação teórica quanto na prática do direito. Neste caminho, é a entrada em vigor da LBA o grande marco jurídico-positivo a se ter em mente.

Por certo que não se pode menosprezar a relevância da doutrina e da jurisprudência na transformação do papel representado pela arbitragem, sobretudo na superação dos preconceitos e resistências de parte da comunidade jurídica nacional.

Entretanto, foi a LBA que deu as condições de direito positivo necessárias ao florescimento da arbitragem.

Antes da LBA, o panorama jurídico brasileiro era tão diverso que levava José Carlos de Magalhães a afirmar, cerca 10 anos antes da entrada em vigor da lei que

¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 31.

¹² CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 31.

revolucionou o sistema jurídico brasileiro neste assunto, que “a arbitragem no Brasil é conhecida desde há muito, embora jamais tenha sido efetivamente praticada”¹³.

O autor ressaltava a existência de previsão legislativa possibilitando a solução arbitral de conflitos jurídicos em diversos diplomas legislativos, como, por exemplo: (i) o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que a previa como solução obrigatória; (ii) o Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850, que a previa obrigatoriamente para todas as questões envolvendo o Contrato de Locação Mercantil (art. 245); para diversas questões societárias (art. 294 e 348); para questões envolvendo o direito marítimo (art. 739 e 783); para questões envolvendo a falência do comerciante (art. 846);¹⁴ (iii) o Código Civil de 1916, que a “regulou em seus artigos 1.037 e 1.048”; (iv) ainda, aponta o autor, a previsão da solução arbitral nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973; na Lei nº 1.628/1952 e no Dec. Lei nº 1.312/1974.¹⁵

Entretanto, nas normas que precederam à LBA “não foi conferido à cláusula arbitral o caráter de instituidora do juízo arbitral”, o que justificava o fracasso da arbitragem neste período¹⁶.

A pouca efetividade da cláusula arbitral teria desestimulado “a arbitragem, pela evidente dificuldade de as partes em dissensão celebrarem acordo destinado a dirimir suas pendências”¹⁷.

Ou seja, antes da LBA a cláusula arbitral conceituava-se como mera “promessa de contratar” e ainda que houvesse decisões favoráveis ao reconhecimento do efeito atribuidor de jurisdição da cláusula, a jurisprudência majoritária, escudada naquele entendimento, exigia a celebração de compromisso arbitral após a instalação do litígio entre as partes para se atribuir competência sobre o caso ao árbitro.^{18,19}

¹³ MAGALHÃES; José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 7.

¹⁴ Nota o referido Professor, no entanto, que a arbitragem obrigatória “nunca teve grande aceitação no direito brasileiro” e lembra que, citando o Prof. J. X. Carvalho de Mendonça, o instituto “desapareceu sem deixar saudades”, pois “nunca se reconheceu a sua utilidade”. (MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 8).

¹⁵ MAGALHÃES; José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 7 a 9.

¹⁶ MAGALHÃES; José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁷ MAGALHÃES; José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁸ MAGALHÃES; José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 9 a 11.

¹⁹ O que não significa que houvesse “má-vontade na apreciação de laudos arbitrais submetidos à homologação judicial para sua execução ou entendimentos arbitrários desestimulatórios” por parte da

Caso a parte se recusasse à celebração do compromisso arbitral, este descumprimento da cláusula previamente firmada resolvia-se em indenização pecuniária por perdas e danos, de quase impossível liquidação. Ou seja, quase nenhuma repercussão jurídica era atribuída a esta desleal conduta da parte recalcitrante²⁰.

Nesta época, ensinava Clóvis Veríssimo do Couto e Silva que

no direito brasileiro faz-se a distinção nítida entre cláusula compromissória e compromisso. A adoção, portanto, de uma cláusula compromissória que viesse a prever litígio futuro teria pouca ou nenhuma eficácia. Mas poder-se-ia discutir se daí resultaria ou não uma obrigação de fazer, considerando-se a cláusula compromissória como uma espécie de contrato preliminar à realização do compromisso. Se, depois, uma das partes entendesse de não submeter ao juízo arbitral, previsto na cláusula compromissória, a controvérsia teria infringido obrigação de fazer e seria, para logo, obrigada a indenizar. Há, porém, um óbice de natureza prática: como se poderia mensurar o prejuízo decorrente da não submissão ao juízo arbitral e sim ao juízo comum? Em princípio, não se poderia visualizar, salvo as custas e as despesas processuais, que poderiam ser maiores na justiça comum, nenhum prejuízo.²¹

No mesmo sentido, Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho denunciava a necessidade de que ocorresse nova convenção após a existência do litígio para que se pudesse utilizar a via arbitral.²²

No sentido de dar viabilidade jurídica à arbitragem, várias foram as inovações trazidas pela LBA.²³

A primeira delas foi permitir a escolha do direito aplicável ao litígio, podendo inclusive optar pela decisão de equidade. Com isso superou-se o arcaico regime da LINDB – que veda a autonomia da vontade nos contratos internacionais, segundo a interpretação dominante de seu art. 9º, § 2º – e se incentivou a arbitragem em âmbito internacional²⁴.

jurisprudência – esta apenas repetia o que era o entendimento majoritário da comunidade jurídica (MAGALHÃES, José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 12).

²⁰ GARCEZ; José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 74.

²¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *O juízo arbitral no direito brasileiro*. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, nº 98, ano 25, p. 139 a 150, abril – junho/1988, p. 141.

²² COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 41.

²³ BASSO, Maristela. *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 733, p. 11 a 23, ano 85, nov./1996, p. 18 a 20.

²⁴ ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. 4ª Edição revista e ampliada; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 120.

A segunda inovação relevante trazida pela LBA foi justamente apagar a distinção tradicional entre cláusula arbitral (firmada antes do surgimento do litígio) e compromisso arbitral (firmado após o surgimento do litígio), entendendo que “tanto a primeira como o segundo são suficientes para constituir validamente o juízo arbitral”, não existindo mais “a imprescindibilidade do compromisso arbitral”²⁵.

Desta forma deu-se efetividade à cláusula arbitral, fomentando a arbitragem como solução juridicamente viável. Lembre-se que a cláusula é firmada quando o relacionamento das partes permite o diálogo e a construção conjunta de soluções úteis a todos os participantes, panorama comportamental exatamente oposto ao que vige quando da (não)celebração do compromisso arbitral.

Também relevante para reforçar a percepção da arbitragem como meio célere de solução de litígios foi o fim do processo de homologação judicial da sentença arbitral proferida em solo brasileiro.²⁶

Por sua vez, Carlos Alberto Carmona também destaca a importante inovação introduzida pela execução específica da cláusula arbitral, por força da norma extraída do art. 7º da LBA, que permitiu a superação das dificuldades criadas pelas “cláusulas compromissórias vazias”.²⁷ Destarte, evita-se o comportamento desleal da parte que, tendo firmado a cláusula “vazia”, procura impedir a solução arbitral recusando-se a praticar os atos necessários para a instalação do tribunal arbitral.

Mas, como dito, além das razões de cunho estritamente jurídico do fracasso da arbitragem no período anterior à LBA, existiam fatores culturais de resistência, evidenciados por Maristela Basso, em artigo publicado pouco tempo após o início da vigência da LBA:

a responsabilidade pelo instituto da arbitragem não ter prosperado no Brasil, como contrariamente ocorreu em outros países, não repousa exclusivamente na lei, como afirmam alguns, nem mesmo nos juízes, como querem outros. O maior problema está na mentalidade formalista e estatizante impregnada na sociedade e, em especial, nos advogados, que endurecem e enferrujam a noção de ordem pública elevando-a a tal extremo que acabam por afastar toda e qualquer iniciativa de autocomposição voluntária. Daí porque o reconhecimento da arbitragem como excelente método de solução de controvérsias não dependerá apenas da nova Lei mas de mudanças profundas de mentalidade de todos os operadores

²⁵ BASSO, Maristela. *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 733, p. 11 a 23, ano 85, novembro/1996, p. 19.

²⁶ BASSO, Maristela. *Op. cit.*, p. 20.

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 17.

jurídicos. Essa mudança de mentalidade põe em confronto a confortável posição legalista do juiz tradicional, e realça uma nova modalidade de julgar, mais moderna e transformadora, baseada nos critérios da funcionalidade e praticidade.²⁸

No mesmo sentido José Maria Rossani Garcez denuncia o preconceito que sofreu a arbitragem durante muito tempo no Brasil.²⁹ A relutância da comunidade jurídica brasileira em aceitar a arbitragem como meio viável de solução de litígios jurídicos teria levado René David a afirmar que “o Brasil representava uma ilha de resistência (*‘un îlot de resistance’*) contra a arbitragem”.³⁰

Garcez aponta como fatores para “esse preconceito e desuso da arbitragem” as características da arbitragem no período anterior à LBA, que garantiam sua ineficácia, e foram superadas pela promulgação desta Lei.³¹

No entanto, certos preconceitos permanecem, inclusive após a LBA, ainda que cada vez mais arrefecidos, como o medo de certos advogados da perda de mercado de trabalho³² e da “substituição do judiciário por uma justiça privada”^{33,34}.

No influxo das ideias conservadoras apontadas por Maristela Basso,³⁵ logo veio a contestação da constitucionalidade da LBA perante o STF, durante o julgamento de agravo regimental na Homologação de Sentença Estrangeira nº

²⁸ BASSO, Maristela. *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 733, p. 11 a 23, ano 85, nov./1996, p. 15 e 16.

²⁹ GARCEZ; José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 73.

³⁰ GARCEZ; José Maria Rossani. *Op. cit.*, p. 73.

³¹ GARCEZ; José Maria Rossani. *Op. cit.*, p. 73.

³² Interessante notar como esses preconceitos se reproduzem hoje quanto à mediação, como Schmidt, Lapp e Monßen evidenciam quanto à prática alemã, que assistiu nos últimos anos a promulgação de uma nova lei de mediação e a consequente resistência dos advogados a sua utilização, *in verbis*: “Trotz solche und anderer Qualitäten setzen deutsche Anwälte Mediation nach wie vor wenig ein. (...) Die Mehrzahl der rund 160.000 im Jahr 2012 in Deutschland zugelassenen Anwälte verhält sich bisher zurückhaltend, es sind einzelne Anwälte, die sich engagieren. (...) Die gegenwärtige Zurückhaltung ist einerseits verständlich. Anwälte sind Experten in einem etablierten, hoch differenzierten, juristisch geprägten Konfliktlösungssystem. (...) Mit diesen Kompetenzen erzielen Anwälte ihr Einkommen” (SCHMIDT, Frank H.; LAPP, Thomas; MONßEN, Hans-Georg. *Mediation in der Praxis des Anwalts*. München: Verlag C.H. Beck, 2012, p. 2). No entanto, lembram os autores que em países onde a mediação se desenvolveu fortemente os advogados encontraram formas de ganhar dinheiro com ela (SCHMIDT, LAPP & MONßEN, *Op.cit.*, p. 2).

³³ O que soa até cômico no sistema jurídico brasileiro, onde a enormidade do Poder Judiciário é até mesmo um dos empecilhos para uma prestação jurisdicional célere e de qualidade. Lembre-se que outros países, tão grandes territorialmente quanto o Brasil, fomentam intensivamente a busca por soluções extrajudiciais para os litígios jurídicos. Nos EUA, p.ex., 90% dos litígios jurídicos são solucionados fora dos tribunais estatais (SCHMIDT, LAPP & MONßEN, *Op.cit.*, p. 3).

³⁴ GARCEZ; José Maria Rossani. *Op. cit.*, p. 74.

³⁵ BASSO, Maristela. *Op. cit.*, p. 15 e 16.

5.206-7.³⁶ Nesta ocasião foi discutida de maneira incidental a constitucionalidade de diversos pontos da LBA. O julgamento arrastou-se durante anos, mas a tese pela constitucionalidade integral da LBA sagrou-se vencedora pela maioria absoluta da Corte.

Confirmada a constitucionalidade das principais balizas da LBA, em 2001, a comunidade jurídica tem abraçado a causa de fazê-la uma solução viável e útil em nosso sistema, dadas as vantagens que serão discutidas nos próximos pontos, o que tem levado a um incremento sensível no número de arbitragens realizadas pelas principais câmaras do país e no número de obras jurídicas que versam sobre o tema.

2.3. O fundamento da arbitragem no Brasil

No Brasil a arbitragem tem fundamento na autonomia privada das partes que, diante da autorização do legislador prevista na LBA (art. 1º e 3º), outorgam voluntariamente a solução de seus conflitos à jurisdição de um Tribunal arbitral.

Gustavo Tepedino aduz que, diante da evolução que a arbitragem teve no direito brasileiro, “a submissão ao processo arbitral deveria ter por base a expressa manifestação de vontade dos contratantes”,³⁷ arrematando que “dúvidas não há, portanto, que o consentimento se constitui em verdadeiro princípio fundamental para a validade do procedimento e do laudo arbitrais”.³⁸

Diante dessa ligação umbilical com a autonomia privada das partes, retira parte da doutrina a impossibilidade de que a arbitragem envolva outrem além das partes que a pactuaram.³⁹

³⁶ Competia ao STF analisar a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras até a Reforma do Judiciário, em 2004, quando esta competência foi transferida ao STJ. O Projeto de Lei 406/2013 em trâmite no Senado Federal corrige finalmente o texto da LBA à nova redação constitucional, alterando os seus art. 35 e 39 para que deles conste “Superior Tribunal de Justiça”. Texto disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/137657.pdf>, consultado em 23 de outubro de 2013, às 14h58min.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 903, ano 100, janeiro/2011, p. 10.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* p. 10.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; GARCEZ, José Maria Rossani. (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem. In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 245.

Aduz Theodoro Júnior que a arbitragem é uma “renúncia ao direito de confiar seu litígio à justiça pública, a submissão ao juízo arbitral só obriga às partes que o contrataram”.⁴⁰

Destarte, assentando-se a arbitragem sobre a autonomia privada, decorreria necessariamente seu caráter relativo às partes que pactuaram a cláusula de arbitragem.

Quer parecer que o autorizado autor mineiro, entretanto, tem em mente a doutrina contratual tradicional, sem levar em consideração importantes alterações que o direito dos contratos sofreu nos últimos anos. Como bem notou Pedro A. Batista Martins, novas reflexões se impõem diante do advento de uma nova teoria geral dos contratos.⁴¹

No tratamento dado à autonomia privada é justamente onde se põe o ‘ponto de colisão teórica’ da arbitragem com os contratos coligados.

Por um lado, quando tratando da arbitragem, a doutrina toma a autonomia privada a partir de uma perspectiva clássica, fazendo dela derivar o princípio da relatividade dos efeitos da convenção em seu aspecto mais absoluto e intangível. Por outro lado, quando os autores debruçam-se sobre o fenômeno dos contratos coligados, o fazem através de uma visão funcionalizada desta autonomia, levando à flexibilização, inclusive teórica, do princípio da relatividade dos efeitos da convenção.

Antes de mais nada, mister reforçar que não se questiona o assentamento da arbitragem na autonomia privada. Em verdade, pretende-se apenas empreender uma reflexão sobre qual a perspectiva que deve ser adotada para o estudo desta autonomia (e os desdobramentos desta opção).

O tema dos contratos coligados oferece, como se disse na introdução, interessante chance para isso. Como bem notou Rodrigo Garcia da Fonseca

os contratos conexos e as garantias, (...), suscitam complexas questões em torno das cláusulas de resolução de controvérsias. Em especial quando

⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros* – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; GARCEZ, José Maria Rossani. (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem. In memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 246.

⁴¹ BATISTA MARTINS, Pedro A. *Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 33, p. 245 a 269, ano 9, abril a junho/2012, p. 260 a 266.

adotada a arbitragem, o que é frequente e muito recomendável nesta seara, os cuidados devem ser redobrados.⁴²

As questões que se impõem, como se abordou na introdução e serão mais detidamente analisadas no Capítulo 3, versam sobretudo acerca dos efeitos que a coligação contratual pode vir a ter sobre as cláusulas de arbitragem apostas aos contratos participantes da coligação.

Em outras palavras: *como interpretar e aplicar uma cláusula de arbitragem (ou várias) numa situação de coligação contratual?*

Por se acreditar, como ficou dito na Introdução, que o tema compreende muitas facetas e possibilidades, procurou-se enfocar aqui uma das facetas mais instigantes e sobre a qual parece ser possível erigir maior consenso, a saber, a questão da confidencialidade da arbitragem quanto aos participantes da coligação que não participam do procedimento arbitral.

2.4. As características da arbitragem apontadas pela doutrina

A arbitragem vem cada vez mais sendo entendida como o método “mais adequado” para a solução de alguns tipos de litígios.

Dentro do moderno conceito de “sistema multiportas de resolução de litígios”, que “oferecerá aos litigantes diversos métodos”, é necessário compreender a possibilidade de utilização e os problemas teóricos e práticos que cada método traz,⁴³ razão pela qual serão tratadas aqui as características⁴⁴ mais relevantes da arbitragem.

⁴² FONSECA; Rodrigo Garcia da. *Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 29, ano 8, abril a junho/2011, p. 179.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 33.

⁴⁴ Será utilizado o termo “característica” da arbitragem, em detrimento do usual “vantagem” da arbitragem. Entende-se que a utilização do termo “vantagem” pressupõe o entendimento, nem sempre claramente assumido, de “superioridade” da solução arbitral com relação ao Judiciário Estatal. Há um problema grave nesta posição, posto que os problemas, sobretudo estruturais, que vem enfrentando o Poder Judiciário não deveriam ser tomados como eternos – acredita-se que a solução que melhor atenderá aos clamores da população brasileira por acesso à justiça não passa pelo abandono do Judiciário, em prol de uma via arbitral, mas sim pela busca constante da melhoria dos serviços públicos prestados pelo Estado. Ademais, entender as características da arbitragem como vantagens impõe a conclusão lógica de que, eventualmente supridas as “desvantagens” do Poder Judiciário, a arbitragem perderia sua individualidade e configuração própria, o que é absolutamente inadmissível. Por fim, ressalte-se que a arbitragem subsiste como uma atrativa

A arbitragem se coloca como meio adequado à solução de uma categoria determinada de litígios, que, dada a sua complexidade, sua confidencialidade ou sua posição estratégica na vida dos litigantes, procura escapar do Poder Judiciário.

Também se entende haver congestionamento e defeitos no Poder Judiciário, o que transformaria algumas das características da arbitragem em “vantagens” com relação à prestação jurisdicional pelo Estado.⁴⁵

As seguintes características da arbitragem são apontadas comumente em doutrina:⁴⁶ celeridade; “procedimento em tese mais barato”; “execução do laudo atualmente fácil”; possibilidade de manutenção do contrato disputado durante a arbitragem; “desejo de manter as relações cordiais e de colaboração entre as partes”, a facilitação da transação, e, em conflitos internacionais, “evitar a submissão a tribunais estrangeiros”.

Para Garcez “a arbitragem é um método efficientíssimo de solução de conflitos na área contratual e comercial e que vem sendo largamente utilizado, em percentual crescente, na maioria dos países desenvolvidos”, sendo possível listar suas seguintes “vantagens, ao menos sobre a via judicial: (i) “custos menores; (ii) “prazo menor para emissão da sentença; (iii) “confidencialidade/privacidade em comparação com a publicidade do processo judicial; (iv) “especialização efetiva dos árbitros que as partes podem escolher; (v) “flexibilidade (escolha pelas partes dos árbitros; das normas procedimentais; da entidade arbitral para administrar o processo; da lei a ser aplicada na arbitragem); (vi) “neutralidade e justiça (possibilidade de escolha do local de arbitragem fora das áreas de influência do domicílio das partes ou do local de execução do contrato); (vii) “efetividade (cumprimento espontâneo da sentença arbitral em percentagem muitíssimo mais

solução de conflitos jurídicos, graças às suas características, inclusive em países onde o Estado não enfrenta os mesmos problemas que no Brasil para a prestação jurisdicional. Por certo que, certas características da arbitragem, quando comparadas com a atuação do Poder Judiciário brasileiro, podem ser consideradas “vantagens” – o que não deve servir para justificar o uso indiscriminado do termo “vantagem”.

⁴⁵ GARCEZ; José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 72. No mesmo sentido: BASSO, Maristela. *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 733, p. 11 a 23, ano 85, novembro/1996, p. 21.

⁴⁶ MORAIS; José Luis Bolzan de. Com a colaboração de: SILVEIRA, Anarita Araujo da. ARAUJO, Adriano Luís de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1999, p. 213.

elevada do que aquela encontrada quanto à sentença judicial); (viii) “baixo impacto na continuidade do relacionamento comercial entre as partes”.⁴⁷

De todas as muitas características listadas pelos dois autores referidos, a prática tem demonstrado que, no Brasil, a celeridade da solução, bem como sua efetividade, são os pontos mais importantes para levar as partes à arbitragem.⁴⁸

Outra característica que tem efetivamente destaque na escolha pela via arbitral é a confidencialidade,⁴⁹ um dos temas deste estudo, de modo que se dedicará tempo mais ancho à análise desta qualidade abaixo.

2.4.1. Confidencialidade

Passa-se agora a uma análise detida da confidencialidade na arbitragem, procurando enfocar sobretudo o sistema jurídico brasileiro, sem descuidar, entretanto, da vasta experiência jurídica existente no tema no campo da arbitragem internacional, fazendo-se, quando necessário, notas para a adequação da doutrina ao ordenamento jurídico pátrio.

A confidencialidade da arbitragem é uma de suas características mais marcantes e um de seus principais pontos de atração⁵⁰.

José Cretella Neto aponta dois interessantes estudos empíricos que comprovaram essa afirmação⁵¹. O primeiro deles, “realizado por Christian Bühring-Uhle, entre novembro de 1991 e junho de 1992”, pediu aos entrevistados, profissionais do comércio internacional, que apontassem, numa lista com onze vantagens da arbitragem, a importância, em sua experiência, de cada uma delas.

Mais de 60% dos profissionais envolvidos com comércio internacional que responderam ao questionário declararam que o atributo ‘confidencialidade’ era ‘altamente relevante’ ou de importância ‘significativa’, ficando atrás

⁴⁷ GARCEZ; José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 75.

⁴⁸ A neutralidade de foro, por exemplo, é apontada como principal característica atrativa da arbitragem em âmbito internacional (ver CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 25, p. 43 a 70, ano 7, abril – junho/2010, p. 55).

⁴⁹ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 55.

⁵⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 220.

⁵¹ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 55.

apenas de dois outros benefícios, a neutralidade do foro e a possibilidade de execução com apoio em tratado internacional.^{52,53}

O outro estudo de especial interesse, citado por Cretella Neto, realizado pela “*London Business School*” (sob encomenda da “*London Court of International Arbitration*”) e comentado por Hans Bagnier, apontou a confidencialidade como o “benefício percebido como o mais importante de todos”⁵⁴.

Diversos doutrinadores apontam a confidencialidade como regra na arbitragem,⁵⁵ dada a necessidade de proteção de informações sensíveis dos litigantes, capazes “de revelar à concorrência ou a terceiros, externos à empresa, algo que lhe traga prejuízo”⁵⁶. Destarte, a confidencialidade impõe-se como forma de proteger a *confiança* que franqueou o acesso das partes a estas informações sigilosas⁵⁷. Adriana Braghetta afirma que

A confidencialidade é uma decorrência natural de a arbitragem ser um processo privado de solução de disputas. Da mesma forma que as partes podem sentar numa mesa de negociação e assinar um acordo sobre uma disputa envolvendo direito patrimonial disponível e concordar em que tudo seja confidencial — o que é absolutamente corriqueiro —, também podem levar essa disputa para solução sigilosa no âmbito da arbitragem.⁵⁸

Para esta autora, é justamente a possibilidade de que algumas das informações próprias das empresas partes numa arbitragem – que tiveram custos para produzi-las e/ou incorporá-las em sua tecnologia de produção⁵⁹ – que justificam a “importância da confidencialidade”⁶⁰.

⁵² CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem*. CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 25, p. 43 a 70, ano 7, abril – junho/2010, p. 55.

⁵³ Note-se, entretanto, que em arbitragens internas, perdem relevância os dois outros atributos campeões (foro neutro e execução baseada em tratado internacional – Convenção de Nova Iorque de 1958).

⁵⁴ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 55.

⁵⁵ Essa regra tem sofrido contestação em alguns países, como será mostrado adiante, mas persiste.

⁵⁶ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 47.

⁵⁷ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁸ BRAGHETTA, Adriana. Confidencialidade é regra geral na arbitragem. In: <http://www.info4.com.br/ver/ver.asp?cod=702378&nome=1432&cliente=1432>. Acesso em 30 de julho de 2013, às 10h14min, s.p.

⁵⁹ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 51.

⁶⁰ BRAGHETTA, Adriana. *Op. cit.*, s.p.

2.4.1.1. Fundamentos voluntários da confidencialidade

A LBA não impôs às partes um dever de confidencialidade ou de sigilo sobre as matérias, provas e sentenças provenientes da arbitragem.⁶¹ Contentou-se em imputar ao árbitro um “dever de discrição” (parágrafo 6º, art. 13/LBA). Carlos Alberto Carmona aduz que “quer-se do árbitro discrição, já que entre as vantagens da solução arbitral está o sigilo, que permite às partes a escolha de um foro reservado para tratar de suas disputas”⁶².

Para este autor o dever de discrição não equivale ao sigilo, posto que este pode ser flexibilizado (como nos casos de arbitragem com entidades públicas,⁶³ ou nos casos da arbitragem societária), enquanto aquele é sempre exigível do árbitro⁶⁴.

Deste modo este autor aduz que “a arbitragem no Brasil não é obrigatoriamente sigilosa”⁶⁵.

Cientes desse silêncio da LBA, diversos órgãos administradores de arbitragem instituíram em seus Regulamentos disposições concernentes à confidencialidade da arbitragem – os quais, geralmente, são incorporados pelas partes na própria cláusula arbitral, ou, se não, o são posteriormente, pela simplificação, facilidade e previsibilidade procedimental que trazem.

Diante deste quadro, mister colacionar os Regulamentos das principais Câmaras de Arbitragem brasileiras e suas disposições sobre o dever de confidencialidade.

Determina o Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá, com sede em São Paulo, em seu art. 14, que:⁶⁶

⁶¹ O Projeto de Lei 406/2013, que pretende alterar a LBA, também não consagrou a confidencialidade expressamente. Texto disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/137657.pdf>, consultado em 23 de outubro de 2013, às 15h15min.

⁶² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 246.

⁶³ Para atender expressa exigência constitucional de publicidade na administração pública – *caput* do art. 37 da CF. Note-se que o Projeto de Lei nº 406/2013, em trâmite no Senado Federal, que pretende alterar diversos dispositivos da LBA, consagra expressamente a publicidade da arbitragem com o ente público inserindo um § 3º ao art. 2º, com a seguinte redação: “As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade”. O texto está disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=137695&tp=1>; consultado em 23 de outubro de 2013, às 14h45min.

⁶⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 246.

⁶⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 246.

ARTIGO 14 - SIGILO

14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.

14.1.1. Para fins de pesquisa e levantamentos estatísticos, o CAM/CCBC se reserva o direito de publicar excertos da sentença, sem mencionar as partes ou permitir sua identificação.

14.2. É vedado aos membros do CAM/CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral.

Por sua vez, o Regulamento da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem CIESP/FIESP prevê que:⁶⁷

17.4 - O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, sendo vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às próprias partes divulgar quaisquer informações com ele relacionadas, a que tenham acesso em decorrência de ofício ou de participação no referido procedimento.

17.5 - Poderá a Câmara publicar em Ementário excertos da sentença arbitral, sendo sempre preservada a identidade das partes.

17.6 - Quando houver interesse das partes e, mediante expressa autorização, poderá a Câmara divulgar a sentença arbitral.

No mesmo sentido, o Regulamento da Câmara de Arbitragem das Indústrias do Paraná (CAIEP) dispõe que:⁶⁸

20.3. O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, sendo vedado aos membros da CAIEP, aos árbitros, às partes e aos seus advogados e procuradores, se for o caso, divulgar quaisquer informações a ele relacionadas, a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou participação no referido procedimento.

20.4. Poderá a CAIEP reunir e publicar em ementário excertos da sentença arbitral, preservando-se o sigilo quanto à identidade das partes.

Ainda é possível apontar o Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC), que dispõe em seu art. 13, itens 2 a 4:⁶⁹

⁶⁶ Fez-se o acesso a este texto em 26 de julho de 2013, às 14h04min. Ele está disponível em: <http://www.ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=Regulamento%202012#14>

⁶⁷ Fez-se o acesso a este texto em 26 de julho de 2013, às 14h02min. Ele está disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php/pt-BR/regulamento/regulamento-de-arbitragem>

⁶⁸ Acesso em 26 de julho de 2013, às 14:00. Disponível em: [http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/uploadAddress/Regulamento\[37465\].pdf](http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/uploadAddress/Regulamento[37465].pdf)

⁶⁹ Fez-se o acesso a este texto em 26 de julho de 2013, às 14h08min. Ele está disponível em: http://www.arbitac.com.br/pt/regulamento_arb.php#6.

O processo arbitral é sigiloso, sendo vedado às partes, aos árbitros, aos membros da ARBITAC e às pessoas que tenham participado no referido processo, divulgar informações a ele relacionadas.

3. Quando houver interesse das partes, comprovado por intermédio de expressa e conjunta autorização, poderá a ARBITAC divulgar a sentença arbitral.

4. Desde que preservada a identidade das partes, poderá a ARBITAC publicar, em ementário, excertos da sentença arbitral.

Deve ser recordado o Regulamento da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB), que determina em seu art. 12.1:

O procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros e às próprias partes divulgar quaisquer informações a que tenham acesso em decorrência de seu ofício ou de sua participação no processo, sem o consentimento de todas as partes, ressalvados os casos em que haja obrigação legal de publicidade.⁷⁰

Ou seja, ainda que não seja previsto na LBA um dever de confidencialidade expresso às partes, a escolha pelo regramento procedimental de uma destas instituições apontadas – escolha consensual e que só poderá ser alterada também pelo consenso das partes – implica na assunção deste dever pelas partes, pelos árbitros e pela Câmara eventualmente administradora do procedimento.⁷¹

2.4.1.2. Fundamento legal da confidencialidade – corolário da boa-fé objetiva

Interessante análise do dever de confidencialidade imposto às partes e ao árbitro está em sua recondução à cláusula geral de boa-fé objetiva, como dever de proteção dela derivado.

A princípio, parece importante aqui fazer uma opção clara pela natureza contratual ou mista da arbitragem. Não se nega que a sentença do árbitro vem a tomar a forma e a substância de uma sentença judicial, o que não pode tirar de vista o fato intransponível de que a competência dos árbitros provém de um acordo entre as partes (art. 1º e 2º da LBA).

⁷⁰ Acesso em 26 de julho de 2013, às 14h12. Disponível em: <http://camarb.com.br/regulamento/>.

⁷¹ Lembre-se que a escolha por um Regulamento de uma Câmara não precisa vir acompanhada da administração da arbitragem por esta mesma Câmara. É perfeitamente possível, ainda que raro e pouco recomendável, que uma Câmara administre uma arbitragem segundo as regras de outra, ou que numa arbitragem “*ad hoc*” sejam seguidas as regras de uma instituição determinada pelas partes.

Ana Tereza Palhares Basílio e André R. C. Fontes enxergam três principais teorias que disputam a natureza jurídica da arbitragem, a saber, as “teorias privatistas”, as “teorias jurisdicionalistas” e as “teorias intermediárias”.⁷²

Segundo as “teorias privatistas”, a arbitragem teria a natureza jurídica de um negócio jurídico privado, notadamente um contrato, posto que a tônica da análise recai sobre a criação da arbitragem pela autonomia das partes⁷³.

As “teorias jurisdicionalistas”, por sua vez, enfocam sobretudo o caráter público da atividade do árbitro, que desempenha jurisdição atribuída por força de lei (ainda que esta exija a vontade das partes para se instalar)⁷⁴. Ademais, “a igualdade das funções de árbitro e juiz redundaria na ideia de um sentido único para essa função, que se denomina jurisdição”⁷⁵.

Por fim, as “teorias intermediárias ou mistas” reúnem elementos de ambas as posições anteriores. A arbitragem aqui teria origem contratual e efeitos jurisdicionais⁷⁶. Enfim, “a palavra de ordem dos adeptos dessa forma de pensar se revela na locução *jurisdição convencional*”⁷⁷. As partes criam o procedimento arbitral por sua vontade, mas ele se desenvolve em base jurisdicionais⁷⁸.

Essa solução conciliatória é adotada por Carlos Alberto Carmona, que após aduzir “o legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem”⁷⁹, registra que, como muitos ainda debatem ainda a natureza jurídica da arbitragem, é possível chegar no mínimo à conclusão que “ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com o ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”.⁸⁰

Theodoro Júnior também advoga pela solução acima apresentada por Carmona: enquanto aduz que diante de nosso ordenamento jurídico tornou-se irrecusável o caráter jurisdicional da arbitragem, é impossível esquecer, por outro

⁷² BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 14, p. 48 a 51, ano 4, julho a setembro/2007, p. 49.

⁷³ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Op. cit.*, p. 49 e 50.

⁷⁴ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Op. cit.*, p. 50.

⁷⁵ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Op. cit.*, p. 50.

⁷⁶ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Op. cit.*, p. 51.

⁷⁷ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Op. cit.*, p. 51.

⁷⁸ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Op. cit.*, p. 51.

⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009, p. 26.

⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 27.

lado, da natureza privada do negócio que a institui como forma de solução do litígio.⁸¹

Arremata o autor que “embora juiz e, portanto, detentor de jurisdição, o árbitro não é um juiz estatal, nem é juiz permanente e com poderes jurisdicionais amplos como os magistrados do aparelhamento jurídico oficial”⁸².

Tendo a arbitragem esta natureza jurídica mista, iniciando como um contrato entre as partes⁸³, mas outorgando verdadeiro poder jurisdicional aos árbitros, parece perfeitamente aplicável à conduta das partes durante a instalação do procedimento, seu desenvolvimento e mesmo após seu término, a cláusula geral de boa-fé, prevista no CCB e que se desenvolve em três funções tradicionais, a saber, “a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de limitação ao exercício de direitos subjetivos”⁸⁴.

Para o âmbito deste estudo, a função mais relevante é a de criação de deveres jurídicos, mais especificamente a criação do dever de “guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor etc.”⁸⁵, que é dever tido por “acessório de conduta”, derivado “ou de cláusula contratual, ou de dispositivo de lei *ad hoc* ou da incidência da boa-fé objetiva”⁸⁶.

Clóvis Veríssimo do Couto e Silva ensinava que a boa-fé, “com relação às obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui”⁸⁷. Adiante, o mestre gaúcho lembrava que “os deveres resultantes da boa fé são denominados de deveres secundários, anexos ou instrumentais”⁸⁸. Comparando-os com a prestação principal, “determinada pela vontade”, mostrava que certos deveres surgiam, por força da boa-fé objetiva, como preparatórios à prestação principal, outros ainda surgiam dela dependentes, mas outros – e estes que interessam aqui – surgiam dela

⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; GARCEZ, José Maria Rossani. (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem. In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 245.

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 245.

⁸³ O que, é razoável se argumentar, poderia ser retirado dos art. 851 a 853 do Código Civil Brasileiro.

⁸⁴ MARTINS-COSTA; Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 427 e 428.

⁸⁵ MARTINS-COSTA; Judith. *Op. cit.* p. 439.

⁸⁶ MARTINS-COSTA; Judith. *Op. cit.*, p. 438.

⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976, p. 29.

⁸⁸ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Op. cit.*, p. 35.

“independentes”, tinham “vida autônoma” e podiam “perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal”⁸⁹.

Como foi dito, este dever de sigilo se impõe diversas vezes por força dos Regulamentos de diversas instituições de arbitragem, no tópico acima, expressamente acolhidos por muitas cláusulas arbitrais. Entretanto, o que se pretende demonstrar agora é que esse dever subsiste, por ser proveniente da boa-fé objetiva (ou seja, da lei) ainda que nada esteja previsto nestes Regulamentos, ou que eles não sejam aplicáveis (por exemplo, no caso de um arbitragem não-institucional, *ad hoc*).

2.4.1.3. O atual panorama da confidencialidade

Em arbitragem a confidencialidade é regra⁹⁰, e assim deve ser, para se proteger interesses legítimos das partes envolvidas, que visam resguardar o “valor intangível” representado pela informação nos dias atuais.⁹¹

Sendo a confidencialidade de grande importância para a escolha da arbitragem com meio adequado de solução de litígios jurídicos, qualquer solução há de ser pensada resguardando-a ao máximo.

A confidencialidade pode, enfim, ser remetida tanto à autonomia privada das partes, quanto à boa-fé objetiva, como dever de conduta dela derivado e que deve ser respeitado durante e após a arbitragem, pelas partes, pelos árbitros e por todos os diretamente envolvidos nela (como a Câmara administradora e seus empregados).

No entanto, mister ressaltar que “a confidencialidade, na moderna arbitragem comercial internacional, parece não manter mais o caráter absoluto de poucas décadas atrás”⁹².

⁸⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976, p. 36.

⁹⁰ BRAGHETTA, Adriana. Confidencialidade é regra geral na arbitragem. In: <http://www.info4.com.br/ver/ver.asp?cod=702378&nome=1432&cliente=1432>. Acesso em 30 de julho de 2013, às 10h14min, s.p.

⁹¹ Para exposição sobre esse valor, ver: CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 25, p. 43 a 70, ano 7, abril – junho/2010, p. 44 a 50

⁹² CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 61.

No sistema jurídico brasileiro, evidentemente as arbitragens que envolvam o poder público não podem ser confidenciais, por expressa disposição constitucional (art. 37, *caput*, da CF).

Parece que a confidencialidade há de ser flexibilizada também diante de uma coligação contratual para que se resguarrem interesses legítimos dos contratantes alheios à arbitragem.

José Cretella Neto traz a notícia de julgado inglês que tratou situação bastante parecida com a que discutirá neste trabalho⁹³.

O caso ficou conhecido como *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*. Neste caso, julgado pelos Tribunais ingleses, “os Estaleiros Trogir (The Yard) receberam a encomenda de construir cinco embarcações distintas”. Para cada uma destas embarcações foi feito um contrato distinto e autônomo, cada um com uma cláusula arbitral idêntica. Um destes contratos foi descumprido pelo estaleiro-vendedor, que foi demandado perante um Tribunal Arbitral pela *Ali Shipping Corp*⁹⁴.

Diante disso, o estaleiro opôs que a compradora havia inadimplido suas prestações em três outros contratos e retomou as arbitragens referentes a estes. Os árbitros destas arbitragens ordenaram que o estaleiro especificasse as provas que pretendia produzir e este indicou provas produzidas na primeira arbitragem⁹⁵.

A compradora opôs-se a este ‘empréstimo’ de provas perante um Tribunal inglês, posto que isso “implicaria em violação à obrigação implícita de confidencialidade da Ali em relação à primeira arbitragem”⁹⁶, o que não foi acolhido, permitindo-se o ‘empréstimo’ das provas.⁹⁷

Interessante notar a flexibilização da confidencialidade diante da existência de uma pluralidade de contratos. Por óbvio que o caso tem suas peculiaridades, mas mostra uma tendência na arbitragem internacional pela flexibilização da confidencialidade, que “parece não manter mais o caráter absoluto de poucas décadas atrás”⁹⁸.

⁹³ CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 25, p. 43 a 70, ano 7, abril – junho/2010, p. 57 a 61.

⁹⁴ CRETELLA NETO, José. *Op.cit.*, p. 58.

⁹⁵ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 58.

⁹⁶ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 59.

⁹⁷ Que, entretanto, não ocorreu, posto que o Tribunal de apelação entendeu não haver “necessidade razoável” na exibição destas (CRETELLA NETO. *Op. cit.*, p. 60 e 61).

⁹⁸ CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 61.

3. OS CONTRATOS COLIGADOS

3.1. Intróito

Este capítulo será dividido em duas partes.

Na primeira, serão abordados as principais questões teóricas envolvendo o fenômeno dos contratos coligados, para que se firmem as bases sobre as quais se caminha.

Na segunda parte, estuda-se as consequências que derivam do reconhecimento no caso concreto de uma coligação contratual. Estas consequências importam sobremaneira para a temática desta pesquisa, uma vez que é o seu aparecimento que dá azo à problemática abordada.

O fenômeno dos contratos coligados tem seu reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência calcado em importante mudança no eixo dos princípios e dos valores do direito privado.⁹⁹

Parte da doutrina procura ver uma ligação entre o reconhecimento dos contratos coligados e a funcionalização do direito privado¹⁰⁰. Em certo sentido esta fundamentação procede, posto que foi, sobretudo, a partir o reconhecimento das funções atinentes à coligação que se procurou discutir e tratar deste assunto.

Carlos Nelson Konder ensina que “a funcionalização da autonomia privada (...) significa (...) privilegiar o perfil funcional em detrimento do perfil estrutural”¹⁰¹, o que parece ser justamente a tônica do desenvolvimento dos contratos coligados, cujo reconhecimento passa pela valorização da função planejada aos contratos (estruturalmente autônomos) dentro de uma operação econômica subjacente e única¹⁰².

No entanto, este sentido do termo “funcionalização” não é unívoco na doutrina, sendo também usualmente utilizado com o sentido de trazer ao direito

⁹⁹ Que vem refletida inclusive no direito positivo, vide, p.ex., art. 421 e 422 do CCB.

¹⁰⁰ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 79.

¹⁰¹ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 137 e 138. No mesmo sentido: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 132.

privado valores de caráter social e não meramente individual (como era da tradição liberal).¹⁰³

Não é neste último sentido que deve ser compreendido o reconhecimento da coligação contratual, que vem calcado sobretudo numa preocupação com a prática econômica concreta, e não em uma superação dos valores individualistas que dominaram o direito privado dos séculos XIX e XX.

Há importantes razões de ordem *econômica* (a quem o sistema jurídico não pode passar insensível) para este reconhecimento, como ensina Rodrigo Xavier Leonardo, amparado na lição de Jorge Mosset Iturraspe.¹⁰⁴ Para estes autores, as necessidades econômicas da sociedade contemporânea e a estratégia subjacente de diminuição de riscos influenciaram o surgimento prático do fenômeno da coligação contratual.¹⁰⁵

Leonardo ainda lista como razões preponderantes para o desenvolvimento do fenômeno as “estratégias de minimização de despesas, redução de riscos, especialização crescente e busca por maximização dos lucros em cenários mais competitivos”¹⁰⁶.

No mesmo sentido, Francisco Paulo de Crescenzo Marino aponta a complexidade da vida econômica atual, a racionalização e especialização das atividades econômicas, bem como a transferência de riscos da atividade econômica por meio de sua setorização, como principais razões práticas para o desenvolvimento dos contratos coligados na vida econômica contemporânea.¹⁰⁷

Tudo isso não significa que o fenômeno foi prontamente reconhecido, nem no direito brasileiro nem no direito estrangeiro.¹⁰⁸

¹⁰³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 376. In verbis: “A lei procurou dar aos mais fracos uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica. (...) Por esse prisma, realçando o conteúdo social do novo Código, seu art. 421 enuncia: ‘(...)’. O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas negociais, mas desde a raiz do negócio jurídico.

¹⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 3 e 4. Em texto mais antigo: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

¹⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 3 e 4. Em texto mais antigo: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

¹⁰⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 4.

¹⁰⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 2.

¹⁰⁸ Ainda que na doutrina de outros países o fenômeno tenha sido mais rapidamente assimilado; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 1.

Para confirmar isto pode ser interessante reproduzir em linhas gerais a trajetória do tema na doutrina italiana, retirando apoio da acurada lição de Marino a respeito do fenômeno da coligação contratual.¹⁰⁹

Para este autor, o desenvolvimento da doutrina dos contratos coligados na Itália

pode-se dividir (...) em três fases evolutivas. A primeira fase (aproximadamente até o final da década de 1930) corresponde aos antecedentes da teoria dos *contratti collegati*. Nesta etapa, a doutrina ainda não atribuía àquilo que denominava 'concurso de contratos' ou 'união de contratos' os efeitos hoje correntemente adstritos à coligação contratual¹¹⁰.

Já a segunda fase da doutrina italiana dos contratos coligados, ensina o professor paulista,

vai do final da década de 1930 ao final da década de 1970, caracterizando-se pela criação e consagração da teoria dos negócios coligados. Inicia-se com o pioneiro artigo de Rosário Nicolò e a sistematização feita por Michele Giorgianni¹¹¹.

Por fim, ensina Marino que a terceira e última fase desta doutrina

compreende diversas obras monográficas, publicadas a partir da década de 1980 e, em especial, no final da década de 1990, que assinalam discreta proeminência para o tratamento do tema no campo contratual¹¹².

Note-se, portanto, que na Itália foi longo o caminho percorrido antes da consagração da doutrina dos contratos coligados. É possível afirmar o mesmo quanto ao Brasil, onde o assunto só recebeu sua primeira obra própria em 2004, com o pioneiro "Redes Contratuais no Mercado Habitacional",¹¹³ de Rodrigo Xavier Leonardo, ainda que outros autores importantes já houvessem tratado do assunto em obras mais gerais¹¹⁴.

Rodrigo Xavier Leonardo afirma que graças aos princípios clássicos do direito contratual, como a autonomia privada e a relatividade dos efeitos do contrato, no início das teorizações acerca dos contratos coligados a doutrina era bastante

¹⁰⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 43 e 44.

¹¹⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 43.

¹¹¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 43 e 44.

¹¹² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 44.

¹¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, *passim*.

¹¹⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 94 a 98.

reticente em reconhecer situações que pudessem ser qualificadas como de coligação contratual. Destarte, num primeiro momento

a coligação somente se reconhecia ante eventual disposição em Lei que estabelecesse este ou aquele vínculo entre diferentes contratos. O fenômeno também era reconhecido ante a presença de cláusulas contratuais expressas que fixavam efeitos entre contratos interligados¹¹⁵.

Hoje é possível observar no direito brasileiro razoável consagração da teoria dos contratos coligados. Boas obras tratam do assunto de maneira profunda e específica, dando ao fenômeno contornos firmes e adequados ao ordenamento jurídico pátrio – ainda que inexista um consenso, por assim dizer, “dominante”.

3.1.1. A questão terminológica

Existe um grande problema de precisão terminológica na matéria dos contratos coligados. Por certo que correspondiam a realidades e teorizações bastante distintas – como mostram Marino¹¹⁶ e Konder¹¹⁷ – os diversos “nomes” a que fez jus o fenômeno ora destacado em diferentes países.

Entretanto, na busca de um termo genérico¹¹⁸ que possa significar de maneira ampla a relação de dependência entre vários contratos – estruturalmente autônomos, em torno de uma operação econômica específica, norteados por um mesmo “fim concreto” ou “causa sistemática” – várias propostas foram apresentadas.

Rodrigo Xavier Leonardo num primeiro momento apresentou o termo “redes contratuais” para denominar o fenômeno da coligação contratual¹¹⁹, pois esta expressão destacaria

¹¹⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 2.

¹¹⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 43 a 92.

¹¹⁷ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 102 a 135.

¹¹⁸ Ainda que se reconheça a necessidade de se pensar diversas “espécies” para este gênero, que não pode ser de modo algum monolítico.

¹¹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

não apenas a reunião de contratos voltados para uma determinada finalidade econômica, mas também um nexos sistemático entre esses diversos contratos que acaba por imantizar a atuação de diversos agentes econômicos para a consecução de determinada operação econômica¹²⁰.

Neste primeiro momento, a “rede contratual” seria o gênero que abarcaria as diversas espécies de coligação contratual.

Num segundo momento, após a crítica formulada por Marino¹²¹, Leonardo alterou seu entendimento, passando a entender que o melhor termo para designar genericamente o fenômeno que se discute é “coligação contratual”¹²².

Essa opção, naturalmente, também é feita por Marino¹²³, que a propôs, a partir do direito italiano, porque traria “maior operabilidade”, estando mais imune às críticas que as terminologias adotadas pela doutrina francesa¹²⁴.

Também adere a esta terminologia Eduardo Takemi Kataoka¹²⁵, que acredita ser pragmaticamente a melhor.

Essa opção majoritária é criticada por Carlos Nelson Konder.

Para este autor, “observa-se recentemente certa preferência em fazer uso do termo ‘contratos conexos’”¹²⁶, nomenclatura que seria mais abrangente¹²⁷, arrematando que:

Observa-se, a partir disso, que cresce na doutrina nacional a receptividade à conexão contratual como fenômeno capaz de suscitar efeitos jurídicos próprios e que, embora persista profunda divergência com relação aos termos utilizados para indicá-la e suas características específicas e prevaleça ainda a menção a ‘contratos coligados’, já se pode observar indicativos de que ‘contratos conexos’ refere-se a um gênero mais abrangente.¹²⁸

¹²⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 133.

¹²¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 96 e 97.

¹²² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 9 a 11, sobretudo a nota 17 a esta última página.

¹²³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 93.

¹²⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 93.

¹²⁵ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 4.

¹²⁶ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 142.

¹²⁷ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 143 e 144.

¹²⁸ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 148.

Entretanto, o professor carioca reconhecia ser a expressão “coligação contratual” a preferida na jurisprudência brasileira sobre o tema¹²⁹.

Hoje nota-se a prevalência – ainda que não haja univocidade – no vocabulário jurídico brasileiro da expressão “coligação contratual”. Por essa razão, adotou-se esta terminologia neste trabalho.

3.1.2. Conceito de contratos coligados

Para Francisco Paulo de Crescenzo Marino

contratos coligados podem ser conceituados como *contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca*¹³⁰ (grifos no original).

Rodrigo Xavier Leonardo, por sua vez, leciona que “o termo coligação contratual, em sentido amplo, significa apenas e tão-somente uma ligação, um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes que conformam uma operação econômica unificada”¹³¹.

Ou seja, este fenômeno pode ser encontrado quando se verificam “contratos estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexó funcional-econômico que implica consequências jurídicas”¹³².

Destarte, compõem uma coligação contratual diversos contratos estruturalmente autônomos, vinculados diante de uma causa sistemática ou de um fim concreto, erigidos em torno de uma operação econômica comum.

¹²⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 138.

¹³⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 99.

¹³¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 2.

¹³² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 129.

3.1.3. A “operação econômica supracontratual”

Tanto Marino¹³³ quanto Leonardo¹³⁴ procuram demonstrar a importância da valorização da “operação econômica subjacente”, posto que “*todo contrato implica uma operação econômica*”¹³⁵ (grifos no original). Este panorama já era reconhecido por Enzo Roppo, em sua celebrada obra “O Contrato”, na qual o autor aduzia que

as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica.¹³⁶

Marino também destaca o papel unificador da noção de operação econômica para os negócios em sentido econômico¹³⁷, porém faz a ressalva, acertada, de que “valorizar” a operação econômica como substrato material do contrato e como elemento unificador do negócio não significa equiparar a noção de contrato (ou agrupamento de contratos) à de operação econômica¹³⁸, o que teria o pernicioso efeito de anular o papel do direito e levar a uma simplificação do caso analisado que não foi pretendida pelas partes^{139,140}.

Leonardo lembra que o “econômico e o jurídico não podem ser rigidamente separados”¹⁴¹ e que o “reconhecimento” do fenômeno ora estudado e “da conseqüente necessidade de um regramento específico para elas surgiu a partir da investigação de uma pluralidade de contratos na qual se identificou uma unidade de operações econômicas ou de *negócios* propriamente ditos”¹⁴².

¹³³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 20

¹³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

¹³⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 20.

¹³⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8.

¹³⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 22.

¹³⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 24.

¹³⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 27 a 32.

¹⁴⁰ E, ademais, é desnecessária, posto que temos instrumental teórico para lidar com a complexidade deste caso (2010, p. 32, sobretudo nota 136).

¹⁴¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.* p. 20.

¹⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 21.

Parece que a atenção dada à operação econômica subjacente é bom modo de conseguir enxergar o vínculo que une os contratos, de maneira funcional, sobretudo em coligações não expressamente celebrada pelas partes.

Essa colocação, no entanto, sofre a oposição de Carlos Nelson Konder, que afirma que

a conexão contratual é normalmente explicada pela singela e demasiado genérica idéia de utilização de vários contratos para a realização de uma mesma operação econômica. (...) Este tipo de definição, contudo, não passa sem problemas¹⁴³.

Para este autor, o conceito de operação econômica é nebuloso mesmo para os economistas, o que faz surgir insegurança e indeterminação no direito civil pela sua adoção¹⁴⁴. Ademais, defende Konder, uma possível utilização por demais abrangente desta noção acabaria por levar ao reconhecimento de “conexões contratuais” onde não as há¹⁴⁵.

A razão parece estar, entretanto, com os dois primeiros professores, por duas razões principais.

Em primeiro lugar, a operação econômica que normalmente subjaz os casos de coligação contratual não é o único elemento necessário para seu o reconhecimento no caso concreto¹⁴⁶, como se verá, o que elimina o risco da ampliação excessiva trazida por esta noção.

Por outro lado, a noção de operação econômica também pode ser interessante para facilitar a compreensão dos nexos especiais que se formam entre os participantes da coligação, o que serviria também para justificar o surgimento dos deveres de proteção que serão tratados no último capítulo deste trabalho¹⁴⁷.

¹⁴³ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 95.

¹⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁵ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁶ Vide, por todos, MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 127.

¹⁴⁷ Vide, por todos, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154. Mal explicada, entretanto, é a questão de limitar-se ou não a existência desta operação econômica subjacente ao grupo dos contratos conexos.

3.1.4. Elementos da coligação contratual

Francisco Paulo de Crescenzo Marino descreve dois principais elementos que precisam estar reunidos para que se verifique a coligação contratual¹⁴⁸. Em primeiro lugar deve haver pluralidade de contratos¹⁴⁹, em segundo lugar, um especial nexó (vínculo) entre eles, “usualmente qualificado como funcional”¹⁵⁰, mas também baseado no “fim concreto” da coligação¹⁵¹.

Esse vínculo pode surgir por força da Lei, por força da natureza acessória de um dos contratos coligados ou pela vontade das partes, expressa ou implícita (consubstanciada no fim concreto do contrato).

É bom notar que a vontade não é elemento autônomo da coligação, mas pode ser essencial para a configuração do vínculo entre os contratos, este sim elemento da coligação.

Desenvolvendo a questão do vínculo, explica o autor que “por *nexo funcional* entende-se que a coligação visa a um determinado resultado econômico-social”¹⁵². Para ele, função do contrato e fim do contrato não são a mesma coisa, e podem ser “utilmente” distinguidos¹⁵³.

A “função é um ‘dato prevalentemente sociológico’, ao passo que o fim ou escopo possui uma natureza ‘técnica-jurídica’. A função seria algo de abstrato, enquanto o fim seria algo de concreto ou empírico, mais especificamente o resultado ou efeito prático almejado, em conformidade com os interesses concretos das partes.”¹⁵⁴

Distinguindo-se assim a “função do contrato” de seu “fim”, pode-se “afirmar que o vínculo entre os contratos coligados possui índole funcional (normalmente) e finalística”¹⁵⁵. Cada contrato de uma coligação possui uma específica função no âmbito desta e uma função que lhe é própria e individual, e que ele não perde simplesmente por manter-se coligado a outros contratos¹⁵⁶.

¹⁴⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 127.

¹⁴⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op.cit.*, p. 127.

¹⁵⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op.cit.*, p. 127.

¹⁵¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 134.

¹⁵² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 132.

¹⁵³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op.cit.*, p. 132.

¹⁵⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 132.

¹⁵⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 135.

Para além dessa função, haveria o fim concreto das partes na coligação, responsável pela unificação da relação contratual¹⁵⁷, e assim o fim se representa como “ ‘resultado que, hipoteticamente, o negócio jurídico atingiria, se todos os efeitos, dele decorrentes, se concretizassem’ ”¹⁵⁸.

Importante notar que Marino faz a opção terminológica de considerar como “fim do contrato” a função concreta que ele desempenha, mantendo o termo “ ‘causa’ em seu sentido tradicional, de causa típica”¹⁵⁹. Destarte as duas noções tornam-se complementares, e não substitutivas¹⁶⁰.

Rodrigo Xavier Leonardo, por sua vez, concordando naturalmente com a necessidade de que haja pluralidade de relações contratuais¹⁶¹, que se encontram vinculadas¹⁶² desdobra esse nexos por dois vieses, um econômico e outro funcional¹⁶³, acrescentando a necessidade de que exista uma eficácia “paracontratual” (“uma eficácia ao lado daquela que se desenvolve internamente ao contrato”¹⁶⁴), que se “justifica pelo reconhecimento de uma operação econômica unificada que se sobrepõe àquela decorrente de cada um dos contratos que se encontram coligados”¹⁶⁵.

O nexos é funcional porque “as prestações de um contrato se colocam em função de objetivos para além do contrato”¹⁶⁶ e é econômica porque, por meio da coligação impõe-se um “trânsito de riquezas”¹⁶⁷.

Também exige Leonardo, para os contratos coligados da espécie “contratos conexos” a verificação de uma “causa sistemática”, “própria à operação econômica unificada”¹⁶⁸ e que corresponda à “função prático-social para o conjunto (sistema) de

¹⁵⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 132.

¹⁵⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 138.

¹⁶⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 138.

¹⁶¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 8.

¹⁶² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 8.

¹⁶³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 132.

¹⁶⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 8.

¹⁶⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 8.

¹⁶⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 17.

¹⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 17.

¹⁶⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 8.

contratos”, que deve ser “diversa da função prático-social de cada um dos contratos individualizados (elementos do sistema)”¹⁶⁹.

Ademais, nota-se em Leonardo importante papel da vontade das partes como elemento subjetivo do nexo entre os contratos coligados¹⁷⁰. Com exceção dos contratos coligados por força de Lei (ressalva que também faz Marino), a vontade das partes em coligar está sempre presente, seja nas coligações por cláusula expressa, seja nos contratos conexos, onde esta vontade está implícita e pode ser medida como “propósito comum” das partes¹⁷¹.

Na valorização da vontade das partes, ora como uma das bases do vínculo que une os contratos (opção feita por Marino) ora como elemento subjetivo da coligação, como propósito comum das partes (via seguida por Leonardo), aproximam-se, ainda que mantenham-se distintos, os pensamentos dos dois insígnis autores.

Por sua vez, Carlos Nelson Konder vê a “conexão contratual como efeito de uma qualificação funcionalizada”¹⁷². Para ele, o ponto fulcral da doutrina dos “contratos conexos” foi delineado pela doutrina italiana (ainda que “presente também nas demais teorias”) e é a “função”¹⁷³, posto que

Em todos os casos de conexão contratual é possível vislumbrar a chamada vinculação funcional, isto é, para além da função individual desempenhada por cada um dos negócios, é possível visualizar uma função ulterior, alcançável apenas por meio de diversos contratos.¹⁷⁴

¹⁶⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 9.

¹⁷⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 16 a 18.

¹⁷¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 18.

¹⁷² KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 180.

¹⁷³ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 181.

¹⁷⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 181.

3.1.5. Classificação dos contratos coligados

O fenômeno da coligação contratual permite classificação quanto as suas fontes¹⁷⁵ ou quanto as ligações que gera entre os contratos¹⁷⁶, ou ainda quanto à composição subjetiva dos contratos coligados¹⁷⁷.

Destarte, diversas classificações foram propostas para o fenômeno dos contratos coligados; Marino mostra que na doutrina italiana tentou-se desde o início das teorizações diversos tipos de classificação distintos¹⁷⁸, culminando na classificação em torno da origem (fonte) do vínculo e da composição subjetiva dos contratos coligados.

Leonardo vê também interesse na classificação feita em torno das ligações que se formam entre os contratos participantes do fenômeno¹⁷⁹.

Por ser matéria que facilita a compreensão do fenômeno, bem como objeto de debates históricos da doutrina, será feito breve relato das principais classificações feitas em doutrina italiana, retratada por Marino, bem como a discussão entre a classificação proposta por este professor e a proposta pelo professor Leonardo.

Rosario Nicolò, em seu pioneiro artigo que iniciou a segunda fase da doutrina italiana sobre a coligação contratual¹⁸⁰, tratou especificamente da coligação contratual voluntária, estabelecendo a necessidade da verificação dos elementos fundamentais para sua configuração: a autonomia estrutural, o nexó funcional e o elemento subjetivo consubstanciado no “escopo prático unitário”¹⁸¹.

Giorgianni, em seu trabalho de sistematização da doutrina italiana até Nicolò¹⁸², afirmou existirem três tipos de coligação: a decorrente da função do negócio, em sucessão cronológica e vinculada de negócios; a decorrente do fato de que dois ou mais negócios têm sua causa no mesmo negócio prévio e a em “sentido

¹⁷⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. XIV. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 7.

¹⁷⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. XIV.

¹⁷⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 52 a 76.

¹⁷⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁰ Apud MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁸¹ Apud MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, 53.

¹⁸² Apud MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 54.

técnico”, quando existiria um nexo econômico ou funcional, bem como a intenção de coordenação dos negócios a um escopo comum, que não precisaria estar expressa¹⁸³. Para a coligação em sentido técnico aceitava esse autor também a classificação de Enneccerus e Lehmann, em união unilateral, quando haveria escopo de coligar o acessório ao principal, e união bilateral, quando haveria o escopo de coligar os dois negócios¹⁸⁴.

Giorgio Oppo propôs outra classificação, que dividia a coligação em “genética ou funcional”; “unilateral ou bilateral” e “voluntária ou necessária”¹⁸⁵. A genética é aquela na qual um negócio exerce influência sobre a formação do outro, já a funcional é aquela na qual um contrato atua sobre a função que o outro desempenha¹⁸⁶.

Dentro da coligação funcional, a “repercussão de vicissitudes” pode ser “bilateral ou unilateral”¹⁸⁷, conforme só um negócio sofra a influência do outro, ou os dois sofram reciprocamente influência.

A coligação funcional pode ser ainda necessária ou voluntária, sendo necessária a imposta pelo ordenamento jurídico, e voluntária a determinada pela vontade expressa ou implícita das partes¹⁸⁸.

Para Marino, a melhor classificação erige-se em torno de dois critérios, o relativo à fonte do vínculo e o relativo à composição subjetiva dos contratos coligados¹⁸⁹. Quanto à composição subjetiva do vínculo podem ser classificadas em “coligações contratuais com as mesmas partes” e “coligações contratuais com partes distintas”¹⁹⁰. Neste trabalho, que trata justamente da confidencialidade da arbitragem quanto a “partes” alheias a seu procedimento, de menor interesse é a coligação contratual que ocorre entre diversos contratos celebrados entre as mesmas partes, ainda que se reconheça que o tema pode ter interessantes desdobramentos quanto à delimitação do conteúdo da cláusula arbitral e aos limites da competência dos árbitros.¹⁹¹

¹⁸³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 55.

¹⁸⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁸⁵ Apud MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁶ Apud MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁸⁷ Apud MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁸⁸ Apud MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁸⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. XIV.

¹⁹⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. XIV.

¹⁹¹ Por exemplo, na discussão que envolve os limites da competência dos árbitros para julgar litígios que envolvam dois contratos, um com cláusula de arbitragem, outro sem. Ou para os casos em que

Quanto à fonte do vínculo, para Marino a coligação contratual pode ser “*ex lege*, natural e ‘voluntária’”¹⁹².

A coligação contratual *ex lege* é aquela situação na qual o “*vínculo contratual vem expressamente estipulado em lei*”¹⁹³. O autor lembra que os contratos de fornecimento para consumo e de financiamento são considerados pela doutrina mais abalizada como sendo caso de coligação contratual *ex lege*. Neste ponto, Rodrigo Xavier Leonardo lembra também a interessante hipótese dos “contratos de interconexão celebrado entre as diversas prestadoras de serviços de telefonia”¹⁹⁴.

A coligação natural (expressão que Marino prefere à “coligação necessária”¹⁹⁵) conceitua-se como sendo aquela que se verifica quando um contrato é naturalmente acessório a outro: “com efeito, o que distingue a coligação natural é o fato de o próprio tipo contratual pressupor, por sua natureza, um ou mais contratos a ele relacionados”¹⁹⁶. Exemplos típicos colacionados por Marino são os contratos de fiança, seguro-fiança, hipoteca, penhor e anticrese¹⁹⁷.

Por fim, para este autor haveria ainda a coligação contratual voluntária, aquela determinada pela vontade das partes, que pode ser “expressa” ou “implícita”¹⁹⁸.

Como já foi dito, a vontade não se coloca como um elemento autônomo a integrar a coligação, mas sim como base de um dos elementos que compõe a coligação, a saber, o vínculo entre os contratos. Enquanto na coligação *ex lege* e na natural o vínculo baseava-se, respectivamente, na lei e na natureza do contrato, aqui ele tem base na vontade das partes, que expressamente pactuam a coligação ou implicitamente o desejam, o que é possível deduzir a partir do fim contratual concreto e das circunstâncias interpretativas¹⁹⁹.

exista uma arbitragem instalada para julgar litígios decorrentes de um contrato com cláusula de arbitragem, e surjam conflitos envolvendo outro contrato coligado a este primeiro.

¹⁹² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 104.

¹⁹³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 104.

¹⁹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 13.

¹⁹⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 105.

¹⁹⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁹⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁹⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 106 e 107.

¹⁹⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 107.

Rodrigo Xavier Leonardo, que num primeiro momento utiliza-se da terminologia “redes contratuais” para significar o gênero dos contratos coligados, após acolher a crítica formulada por Marino²⁰⁰, altera seu entendimento, fazendo a seguinte alteração em sua classificação: as redes contratuais são somente uma subespécie da espécie “contratos conexos”, do gênero contratos coligados²⁰¹.

Destarte, entende o autor contemporaneamente que “a partir do gênero contratos coligados (contratos coligados *lato sensu*) seria possível diferenciar” três espécies.

A primeira espécie para este autor é dos “contratos coligados em sentido estrito”, que são aqueles nos quais a ligação se dá em virtude da Lei, “que prevê a coligação e a operação econômica supracontratual”²⁰².

A segunda espécie seria composta pelos “contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes” (2010, p. 9), nestes é a própria autonomia privada quem dá base à coligação (2010, p. 10). “Nos contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes, os contratantes, em dois ou mais contratos, estabelecem cláusulas que, em maior ou menor medida, vinculam uma relação contratual a outra”²⁰³.

Por fim, há a espécie dos “contratos conexos”²⁰⁴.

Os contratos conexos seriam aqueles nos quais a “ligação entre os dois ou mais contratos se dá, predominantemente, pelo nexo entre eles existente, independente da estipulação de uma eficácia paracontratual em norma jurídica ou por cláusula expressa”²⁰⁵. Aqui sobressaem as imbricações funcionais e econômicas existentes entre os contratos, que são construídas através da vontade implícita (mas presente) das partes.

Ou seja, “o que determinam os contratos conexos é um nexo entre relações jurídicas contratuais diversas que compõe uma operação unificada animada por um propósito comum”²⁰⁶. Deste modo, dois elementos colocam-se como essenciais, um

²⁰⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 96 e 97.

²⁰¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 9 a 11, sobretudo nota 17.

²⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 9.

²⁰³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 16.

²⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 9.

²⁰⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 10.

²⁰⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 17.

objetivo, o nexo econômico e funcional entre os contratos coligados e outro de índole subjetiva, a saber, o propósito comum das partes, o que, é bom ressaltar, “não equivale a uma manifestação expressa de vínculo”²⁰⁷.

Os contratos conexos podem ser divididos para este autor em “redes contratuais” e “contratos conexos em sentido estrito”²⁰⁸.

As “redes contratuais” surgem quando há coligação de contratos para o fornecimento de serviços e produtos ao mercado consumidor, o que atrai especial regramento e atenção do ordenamento jurídico, através da incidência do CDC²⁰⁹ e de sua principiologia protetiva²¹⁰.

Por sua vez os contratos conexos são aqueles que estão “distantes da proteção ao consumidor, e próximos à experiência empresarial”²¹¹. Neles o foco central é “um articulado e estável nexo econômico e funcional”²¹², que se relaciona justamente com a ideia de “*função social*” da coligação contratual que seria “diversa daquela que é própria aos contratos singulares que se encontram vinculados”²¹³.

Para este autor, existiriam consequências jurídicas da conexão contratual passíveis de serem aferidas tanto no plano da validade quanto no plano da eficácia, “com fundamento nas cláusulas gerais do direito dos contratos e em uma releitura de alguns dispositivos tradicionais à disciplina contratual”²¹⁴. Seriam eficácias da coligação, p.ex., o “surgimento de deveres para-contratuais ou sistemáticos”²¹⁵ e a possibilidade de resolução contratual “diante de situações de descumprimento contratual em alguma das relações contratuais interligadas”²¹⁶.

Ademais, apresenta Leonardo uma classificação aos contratos coligados que parte da avaliação da “extensão do vínculo” existente entre eles²¹⁷.

Nesta classificação, a coligação pode se dar por “vínculo de acessoriedade”, “quando determinado contrato serve para viabilizar ou incrementar o adequado

²⁰⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 18.

²⁰⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 10.

²⁰⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 10.

²¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 20 a 31.

²¹¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 11.

²¹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 11.

²¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 32.

²¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 34.

²¹⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 34.

²¹⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 35.

²¹⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 12.

adimplemento de um outro contrato que, na operação econômica supracontratual, mantém-se como principal”²¹⁸.

Também existiriam os contratos coligados “por vínculo de dependência”, quando “a eficácia ou o propósito econômico de um determinado contrato depende de outro”²¹⁹.

Por fim, haveria contratos coligados por “vínculo de coordenação”, quando “há uma ordenação conjunta entre diferentes contratos, com ou sem um núcleo de poder contratual centralizado”²²⁰.

3.2. Consequências jurídicas do reconhecimento da coligação de contratos

Feita essa breve digressão a respeito do conceito e das principais questões teóricas envolvendo o fenômeno dos contratos coligados, cumpre agora que se estude as principais consequências jurídicas do reconhecimento da coligação, uma vez que estas têm importância central para o desenvolvimento desta pesquisa.

Lembra Rodrigo Xavier Leonardo que “as tentativas de tratar coletivamente todos os casos de ligação entre contratos fatalmente serão inexitasas, justamente pela diferença entre a origem, intensidade e efeitos do vínculo”²²¹. Isso quer dizer que a compreensão de todos os efeitos gerados pela coligação há de ser feita casuisticamente, levando em consideração todos estes aspectos mencionados pelo referido autor, que variam de caso a caso.

O que não implica dizer que não se possam elencar os principais efeitos que a coligação comumente desencadeia (ainda que não os desencadeie sempre).

Francisco Paulo de Crescenzo Marino agrupa-os em torno de cinco temas: os efeitos ligados à interpretação dos contratos, os efeitos ligados à qualificação dos contratos envolvidos; os efeitos ligados à derrogação de regimes jurídicos típicos; os

²¹⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 12.

²¹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 12.

²²⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p.12

²²¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 8.

efeitos ligados ao plano da validade dos contratos coligados e os efeitos ligados ao plano da eficácia dos contratos coligados²²².

Leonardo prefere enfocar a “para-eficácia” dos contratos conexos²²³, que geraria um especial dever de proteção entre os envolvidos na coligação, bem como os efeitos ligados ao plano da validade²²⁴, ao plano da eficácia²²⁵ e a possibilidade de transmissão de responsabilidade entre os envolvidos na coligação²²⁶.

Neste trabalho interessa sobremaneira a possibilidade de transmissão de vicissitudes no plano da validade e da eficácia e as responsabilidades criadas pelo envolvimento na coligação.

Isto porque trata-se de entender quais são os efeitos concernentes a um contrato que, por força da especial eficácia da coligação, podem atingir a esfera jurídica das partes de outro contrato coligado.

Também sobressai a questão da transmissão de responsabilidade entre os envolvidos na coligação, pela possibilidade de que surja para as partes de um contrato o dever de indenizar danos gerados no desempenho de outro contrato, estruturalmente autônomo, mas coligado àquele, que pode vir a ser reconhecida no bojo de uma arbitragem.

Destarte, serão estas três consequências enfocadas aqui, sem que esse corte metodológico represente qualquer desprestígio aos outros importantes efeitos da coligação, mas que não geram maiores polêmicas com o dever de confidencialidade da arbitragem.

3.2.1. Consequências no plano da validade

Francisco Paulo de Crescenzo Marino alerta que se defende correntemente o brocardo “*simul stabunt, simul cadent*”²²⁷, pelo qual todas as vicissitudes do plano da validade de um contrato seriam comunicadas a todos os contratos a ele

²²² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. XV.

²²³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

²²⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op.cit.*, p. 181.

²²⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 195.

²²⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 206.

²²⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 189.

coligados, levando a uma automática invalidação de todos os contratos quando detectada uma invalidade num deles.

Essa noção, denuncia o autor, assim formulada é inútil, porque desprovida de “fundamentação dogmática aparente, excessivamente genérica e (...) equivocada quanto à situação apontada”²²⁸.

Faz-se necessário confrontar essa solução proposta com nosso ordenamento, para extrair solução que possua fundamentação jurídica firme.

Nosso ordenamento prevê no art. 184 o princípio da conservação do negócio jurídico, que possibilita a “redução do negócio jurídico, quando a invalidade (nulidade ou anulabilidade) que o afeta for somente parcial”²²⁹.

No entanto, esta regra não vige no caso dos contratos coligados, pois estes colocam-se contraditoriamente com a noção de separação do negócio jurídico – lembre-se que a relação entre contratos coligados não é a mesma que a estabelecida entre as cláusulas de um contrato²³⁰.

Desta forma, deve-se perguntar qual o fundamento para eventual manutenção dos demais contratos de uma coligação, quando um está eivado de invalidade. Para este autor, este fundamento “se encontra na possibilidade de se atingir o fim concreto visado pelas partes”, sendo o fim concreto “determinado mediante interpretação objetiva, atenta à ‘racionalidade interna’ do contrato (economia do contrato) e conduzida à luz dos parâmetros previstos na lei”²³¹.

Disso extrai o autor que “via de regra, a invalidade de um dos contratos afetará o equilíbrio das prestações. Somente quando o contrato inválido não compuser o sinalagma intercontratual é que será possível manter os demais”²³².

Diante desta conclusão, o autor propõe uma precisão técnica, que parece de todo cabível: na maioria dos casos, é mais correto falar-se em “afetação” dos contratos pela invalidade de um do que falar em “contagiação”²³³.

Isto porque as invalidades não se transmitem de um contrato a outro, o que se passa é que os contratos afetados perderão sua eficácia, ou seja, ocorrerá uma “ineficácia superveniente” destes contratos (e não problemas no plano da

²²⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010., p. 190.

²²⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 190.

²³⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 191.

²³¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 193.

²³² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 194.

²³³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 194.

validade²³⁴). Por certo haverão casos em que as invalidades se transmitirão, mas a regra é a ineficácia superveniente dos contratos afetados pela invalidade de um outro²³⁵.

Para Marino é possível remeter essa “ineficácia superveniente”, posto que lhe falta qualquer previsão legal à função social do contrato e à impossibilidade superveniente do objeto²³⁶.

Para que se possa sustentar a segunda hipótese, é necessário se ter uma noção ampla de “objeto”, que o tome como “operação global (jurídica e econômica) querida pelas partes”²³⁷. Já para fundamentar essa “ineficácia superveniente” na cláusula geral de função social do contrato (art. 421 do CCB), basta compreender-se que há uma função social própria à coligação, que, comumente, desmorona com a invalidação de um de seus contratos²³⁸.

Destarte, resume Marino que

pode-se afirmar que, *a priori*, a invalidade de um dos contratos afeta os demais, a ele coligados. Somente quando o fim concreto não for comprometido pela invalidade do contrato é que os demais poderão ser mantidos, cabendo à parte, que alega a possibilidade de alcançar o fim concreto, o ônus de prová-lo. Via de regra essa ‘afetação’ dar-se-á sob a forma de ineficácia superveniente dos contratos coligados, em decorrência da impossibilidade de alcançar o fim visado pelas partes (...). Em casos específicos, entretanto, os contratos coligados supérstites poderão ser considerados inválidos (nulos ou anuláveis)²³⁹.

Rodrigo Xavier Leonardo, por sua vez, sustenta a aplicabilidade do art. 184 do CCB aos contratos coligados, afastando inclusive a doutrina de Pontes de Miranda que fora utilizada por Marino para sustentar a inaplicabilidade deste artigo a esta matéria²⁴⁰.

Defende Leonardo que o respeitável posicionamento de Pontes de Miranda encaixava-se numa visão estrutural do contrato, pouco afeita à visão contemporânea deste²⁴¹.

²³⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 194 e 195.

²³⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.* p. 196 e 197.

²³⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 195.

²³⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 195.

²³⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 195 e 196.

²³⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 197. Contra: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 191.

²⁴⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 182 e 183.

²⁴¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 183.

Para Leonardo, este artigo do CCB pode ser aplicado para justificar a “contagiação” de invalidades entre os contratos, fenômeno que se define como “uma deficiência (plano da validade), verificável em um contrato estruturalmente independente, que se prolifera por meio de outros contratos funcionalmente ligados em rede”^{242, 243}.

No caso específico das “redes contratuais”, ou seja, coligações contratuais voltadas a operar no mercado de consumo, este autor vê “respaldo dogmático” para a “contagiação” de invalidades no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, podendo-se entender que

Por cláusulas *relativas ao fornecimento* devem ser entendidas todas as cláusulas referenciadas à *atividade econômica* de fornecimento, podendo, assim, ser encontradas nos contratos para consumo, nos contratos preparatórios ao contrato de consumo, ou, até mesmo, nos contratos engendrados para a produção de bens ou serviços, desde que, em alguma medida, estas propiciem os efeitos vedados pelo art. 51 e incisos da Lei 8.078/90²⁴⁴.

Para os fins propostos neste trabalho importa tão-somente a constatação de que vícios do plano da validade “afetam” ou “contagiam” outros contratos, que podem vir a ter sua “eficácia” ou “validade” atingidos em decorrência disso.

Ainda que a discussão dogmática seja bastante interessante, limita-se aqui a expor esse dissenso e, o que interessa, a parte de consenso que há nele e que repercutirá em eventual disputa arbitral.

3.2.2. Consequências no plano da eficácia

Lembra Rodrigo Xavier Leonardo que

Não apenas a invalidade, mas também a ineficácia de um contrato, total ou parcial, pode propagar suas conseqüências par outros contratos pertencentes a uma rede contratual²⁴⁵.

²⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 181.

²⁴³ Lembre-se que nesta época o referido autor utilizava a expressão “rede contratual” para designar genericamente o fenômeno aqui tratado como “coligação contratual”.

²⁴⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 187.

²⁴⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 195.

O professor Leonardo lembra que no mercado para consumo, diversos são os exemplos “de comunicação da ineficácia entre os contratos em rede”²⁴⁶.

Várias consequências podem ser apontadas no plano da eficácia para a coligação contratual, sobretudo no plano das “redes contratuais”, que envolvem o oferecimento de produtos e serviços ao mercado consumidor e, por isso, atraem o especial regramento protetivo do CDC, diante da aferição, no caso concreto dos requisitos da rede contratual²⁴⁷.

Leonardo aponta, por exemplo, a possibilidade do consumidor de desconstituir a eficácia do contrato de financiamento de imóvel, diante da existência de vícios redibitórios no imóvel entregue pela construtora, diante dos deveres laterais de proteção impostos pelo sistema a seus participantes²⁴⁸.

Outra possibilidade de comunicação de ineficácia ocorreria, nas redes contratuais, com a resolução do contrato de compra e venda do imóvel ante a frustração da tomada de empréstimo, por parte do consumidor, para pagamento deste contrato²⁴⁹. Neste caso,

a propagação de ineficácias entre os contratos é determinada a partir de uma percepção integral da operação econômica travada entre diferentes partes (agente financeiro, fornecedor (vendedor) e consumidor), correspondente à função social dos contratos que se manifesta para além das estruturas contratuais²⁵⁰.

Também estuda Leonardo a possibilidade de responsabilização dos “fornecedores em rede”, como corolário do reconhecimento das redes contratuais e da superação do dogma da relatividade dos efeitos contratuais²⁵¹.

Para este autor, as previsões dos art. 12 e 18 do CDC encaminham implicitamente o reconhecimento de uma rede contratual na produção e fornecimento de bens e serviços ao consumidor, o que atrairia o dever de todos os participantes da rede de arcarem com o ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor²⁵².

²⁴⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 196.

²⁴⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 199.

²⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 196 a 201.

²⁴⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 201.

²⁵⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 202 e 203.

²⁵¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 207 e 208.

²⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 208 e 209.

Note-se, no entanto, que estas conclusões são feitas tendo-se em mente o específico fenômeno das redes contratuais, espécie de coligação contratual imantada pela especial coletânea de princípios de proteção que informam o CDC.

Por sua vez, Francisco Paulo de Crescenzo Marino acredita que, no plano da eficácia, há possibilidade de ineficácia superveniente dos contratos coligados pela desconstituição da eficácia, de um dos contratos, que afete o fim concreto da coligação²⁵³.

Para as coligações com as mesmas partes, este autor ainda acredita ser possível a utilização de alguns institutos relacionados ao inadimplemento, como a exceção do contrato não-cumprido, para que a parte inocente em um contrato não se veja compelida a cumprir a obrigação prevista em outro contrato, àquele coligado²⁵⁴.

Entretanto, o tema é mais complexo quando envolve a coligação contratual com partes distintas²⁵⁵.

Para este autor, “na coligação de contratos com partes distintas, o inadimplemento de um dos figurantes pode afetar os demais”, mas é preciso cuidado na avaliação desta afetação, posto que há a “interferência do princípio da relatividade dos efeitos contratuais”²⁵⁶.

Procurando fornecer um exemplo de situação onde poderia ocorrer a oposição do inadimplemento de um dos figurantes aos outros, Marino descreve situação em que há uma “atuação concertada”,²⁵⁷ aproximando-se muito da noção de “contratos conexos em sentido estrito”, de Leonardo²⁵⁸.

Para Marino, através da “atuação concertada” seria revelada uma “comunhão de interesses”. Esta deveria vir aliada à “expectativa legítima” da parte lesada, “que dependerá de análise do fim concreto e das circunstâncias relevantes”²⁵⁹.

Ademais, deveria poder ser constatada uma imprestabilidade da coligação gerada pelo inadimplemento²⁶⁰.

²⁵³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 204.

²⁵⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 198 a 202.

²⁵⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 205.

²⁵⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 205.

²⁵⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 206.

²⁵⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 9 e 10.

²⁵⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 208.

²⁶⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 208.

Assim, com estes requisitos verificados no caso concreto, poder-se-ia opor o inadimplemento de um dos figurantes da coligação a outros²⁶¹.

Analisando o impacto destas conclusões sobre o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, afirma Marino que

É lícito afirmar que, sob essa ótica, a oponibilidade do inadimplemento de um contrato em relação ao terceiro interessado, que participa de contrato coligado ao primeiro, configura efeito do contrato inadimplido perante o terceiro interessado²⁶².

Esta conclusão tem especial impacto no âmbito deste trabalho, porque afirma claramente a posição de terceiro interessado atingido pelos efeitos do contrato que assume o participante da coligação. Esta posição é, como será desenvolvido adiante, o que justifica a flexibilização da confidencialidade da arbitragem para permitir o acesso a certas informações por parte destes participantes da coligação.

Note-se, em conclusão a este tópico, que tanto Marino quanto Leonardo procuram restringir a comunicação de ineficácias ou os referidos efeitos da coligação aos casos em que não é mais possível atingir o “fim concreto da coligação”²⁶³, ou àqueles em que se verifique a existência de uma “causa sistemática”, num ambiente de “propósitos comuns” às partes²⁶⁴.

Ou seja, não é qualquer tipo de coligação contratual (por exemplo, a coligação *ex lege* ou necessária onde a lei não previu essa comunicação) que poderá gerar esta consequência.

²⁶¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 208.

²⁶² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 209.

²⁶³ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 197.

²⁶⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 199.

3.2.3. Os deveres laterais sistemáticos

Rodrigo Xavier Leonardo denuncia a existência, nos contratos conexos, de deveres laterais sistemáticos, relacionados à cláusula da boa-fé objetiva, “voltados a ordenar os diversos contratos para o alcance dos objetivos próprios do sistema”²⁶⁵.

Para este autor,

Exigem-se comportamentos compatíveis não apenas nas relações contratuais singulares, mas, sobretudo, nas relações determinadas pela conexão. Daí ser possível afirmar que nos contratos conexos devem ser observados deveres laterais sistemáticos²⁶⁶.

Tais deveres podem vir a se refletir num “dever geral de proteção em favor do sistema explicitado nos diversos deveres laterais provenientes dos objetos de ordem sistemática”²⁶⁷.

Este “dever geral de proteção” parece ser um dos fundamentos mais relevantes para permitir-se justamente a superação, ainda que parcial, da confidencialidade da arbitragem em favor das “partes” da coligação que não participam do procedimento, nos termos que serão desenvolvidos no próximo capítulo.

Entretanto, é bom notar, que Leonardo restringe a existência desses deveres sistemáticos a coligações onde a causa sistemática esteja presente, ou seja, a coligações da espécie “contratos conexos”, que abrangem duas subespécies, a saber, os “contratos conexos em sentido estrito” e as “redes contratuais”²⁶⁸.

3.2.4. Como o reconhecimento dos efeitos relacionados à coligação contratual atinge a posição dominante sobre os fundamentos e efeitos da arbitragem

A coligação contratual, como procurou-se mostrar até aqui, ainda que assente, muitas vezes, na autonomia privada das partes – manifestada como

²⁶⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 34.

²⁶⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 34.

²⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 35.

²⁶⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 34 e 35.

vontade expressa ou implícita, a compor a base do vínculo que se forma entre os contratos – causa impacto no dogma da relatividade dos contratos.

Esse impacto provém, sobretudo, das diversas vicissitudes que podem afetar contratos coligados, a depender da sorte de um deles nos planos da validade e da eficácia.

Chame-se como quiser, a conclusão é que contratos coligados influenciam-se mutuamente, para além da vontade manifestada das partes; é dizer, eles “afetam-se” ou “contagiam-se” mutuamente.

Muitas vezes esses contratos contêm uma cláusula arbitral para a solução de eventuais conflitos jurídicos que possam surgir do relacionamento contratual.

Neste momento impõe-se a reflexão: como trabalhar com cláusulas arbitrais insertas em contratos coligados? Não se põe em questão a dita “autonomia” das cláusulas arbitrais, que não são atingidas pelas vicissitudes que maculam os contratos que as contêm.

Entretanto, esta autonomia não protege a arbitragem da discussão que se quer fomentar.

Um exemplo pode vir a aclarar o argumento que se quer sustentar: pense-se num contrato A, entabulado entre as partes X e Y; coligado a um contrato B, com partes Y e Z, e a um contrato C, cujas partes são Z e T. Imagine que todos eles contam com cláusulas arbitrais autônomas e que não fazem referências entre si. X pretende ver o contrato A anulado por dolo de Y. A anulação deste contrato irá levar à “ineficácia superveniente” dos outros dois, posto que a coligação não pode sustentar-se sem a presença de A – frustra-se o propósito comum ou a causa sistemática. Pergunta-se: quais medidas podem tomar Z e T para proteger seus direitos? Seria possível algum tipo de intervenção voluntária? Seria possível que estes tomassem conhecimento das decisões proferidas neste procedimento arbitral? Poderiam eles intervir e/ou tomar conhecimento do procedimento sem a autorização de X e Y? Qual o papel deles na designação dos árbitros? E no pagamento nos custos da arbitragem?

Outra ordem de problemas que podem se colocar referem-se a cláusulas conflitantes, por exemplo: em contratos coligados com as mesmas partes apõem-se cláusulas resolutivas de conflito que se contradizem (uma prevê arbitragem, a outra é uma cláusula de eleição de foro e por fim há uma cláusula escalonada de arbitragem ao estilo CCI) – o que fazer?

Essa segunda ordem de questões extrapolaria o objeto desta monografia, que enfocará apenas parte das primeiras questões propostas, a saber, como se relacionariam as partes dos contratos coligados que estão fora da arbitragem com o dever de confidencialidade que envolve o procedimento entre X e Y.

Quer parecer ser impossível admitir, hoje, a inviabilidade de qualquer acesso ao conteúdo do procedimento arbitral pelas partes prejudicadas na coligação, isso seria negar o fato de que a coligação faz surgir uma relação especial entre as partes, a saber, uma relação de mútua cooperação, erigida em torno de deveres laterais sistemáticos²⁶⁹.

Defender-se-á neste trabalho a impossibilidade de, dadas certas circunstâncias, dentro de uma coligação contratual reconhecível, vedar-se o acesso à informação sobre o procedimento às “partes” fora da arbitragem.

²⁶⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 34.

4. Relativização da confidencialidade da arbitragem diante da constatação da ocorrência de uma coligação contratual

Este capítulo, como já delineado na Introdução supra, será dedicado a demonstrar as razões jurídicas para se aceitar a flexibilização da confidencialidade da arbitragem em certos casos de coligação contratual.

Entretanto, antes de mais nada, é necessário reafirmar uma conclusão que procurou se evidenciar no primeiro capítulo deste trabalho: a confidencialidade, ainda que venha perdendo seu caráter intangível (sobretudo no campo internacional), é e continuará a ser uma das principais características que tornam a arbitragem “mais adequada” a um certo tipo de demanda. Em outras palavras, para que a via arbitral possa ter atratividade às partes, e não se descaracterize, é necessário *proteger* a sua confidencialidade.

Por outro lado, como já dito, crê-se que o fenômeno da coligação contratual impõe a necessidade de uma certa relativização da confidencialidade da arbitragem, dadas certas circunstâncias, e em determinadas condições.

Não se pretende aqui, de forma alguma, sustentar que qualquer caso de coligação contratual será suficiente a embasar a possibilidade que seus participantes tomem conhecimento da arbitragem que não integram.

Também não é intuito deste capítulo sustentar que, dadas certas circunstâncias que precisam estar presentes, todos os participantes da coligação possam vir a integrar a arbitragem, tomando conhecimento de todo o seu conteúdo (sobretudo, probatório).

Quer-se tão somente sustentar que, dadas as especiais premissas que serão apresentadas neste capítulo, diante de um fundamento jurídico que deve necessariamente estar presente no caso concreto, um grau de flexibilização à confidencialidade se impõe.

Acredita-se que algumas premissas precisam ser verificadas no caso concreto, para que seja possível falar-se em relativização da confidencialidade. Estas serão discutidas no tópico 4.1. abaixo.

Como não poderia deixar de ser, a primeira premissa que deve estar presente no caso concreto é a existência de uma coligação contratual. É dizer, as conclusões que este estudo procura aclarar só podem ser justificadas, de maneira jurídica, dentro de um ambiente de coligação contratual.

A segunda premissa, de certa forma, desenvolvimento da primeira, consiste em que esta coligação seja capaz, no caso concreto, de *transmitir vicissitudes* entre os contratos coligados, sendo hábil a produzir dano àquele que pleiteia a medida de relativização da confidencialidade.

A flexibilização da confidencialidade, em qualquer grau, é impossível de ser sustentada se ausente esta potencialidade de dano entre os contratos participantes, no âmbito da coligação analisada.

Esta conclusão, longe de ser arbitrária, decorre da própria razão lógica que sustenta esta operação de relativização: é a possibilidade de que danos emirjam da prolação da decisão final pelos árbitros, aos outros participantes da coligação (que não tomaram parte da arbitragem) que vai justificar que se fale em violação aos deveres de proteção eventualmente existentes no âmbito da coligação, fundamento jurídico a permitir a relativização da confidencialidade.

Para que fique clara a linha de raciocínio será adiantada a matéria tratada abaixo, ou seja, será abordado brevemente o fundamento jurídico que garante a *legitimidade* da relativização da confidencialidade.

O fundamento dogmático para a relativização da confidencialidade da arbitragem, dadas as premissas referidas, é a existência de deveres de proteção existentes no âmbito dos contratos coligados²⁷⁰.

Esses deveres de proteção, que surgem do especial contato estabelecido entre os participantes desta coligação, assumem especial relevância, por exemplo, nos contratos conexos, integrando parte relevante dos “deveres sistemáticos” emergentes da conexão²⁷¹.

Entretanto, tal afirmação não implica dizer que eles não estejam presentes em outras formas de coligação. A análise dos deveres de proteção no âmbito de cada espécie de coligação será objeto de tópicos abaixo.

²⁷⁰ O recurso aos deveres de proteção para fundamentar juridicamente a possibilidade de relativização da confidencialidade da arbitragem no âmbito da coligação *não* é, como nem poderia ser, uma escolha *aleatória* e *voluntarista* do Autor desta monografia. Também não é uma proposta *inovadora* deste para o âmbito da ciência jurídica – que também não teria cabimento. A utilização das sedimentadas doutrinas a respeito dos deveres de proteção no âmbito das coligações contratuais já é tradicional no direito brasileiro, tanto que vem tratada de maneira minudente na pioneira obra de Rodrigo Xavier Leonardo sobre o tema. Vide LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 153. Também, do mesmo autor, *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 9, 10; 17, 18 e 34. Tudo o que esta pesquisa faz é aprofundar a utilização destas bases tão solidamente construídas pela doutrina pátria.

²⁷¹ Por todos, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 34 e 35.

Em suma, o que se defende e será desenvolvido neste capítulo, é que diante de certas premissas (a existência de uma coligação contratual, que seja capaz de levar à transmissão de vicissitudes entre os seus contratos participantes e à produção de dano, ainda que lícita), a existência de certos deveres jurídicos (deveres de proteção) fundamentará juridicamente a relativização da confidencialidade que cerca a arbitragem – em grau suficiente apenas à proteção dos interessados, não à devassa de segredos das partes em arbitragem.

4.1. As premissas

4.1.1. A existência da coligação contratual

Vem-se debatendo ao longo deste trabalho o fenômeno da coligação contratual e a especial maneira como a doutrina brasileira recebeu e trabalhou as contribuições estrangeiras, diante do ordenamento jurídico pátrio.

Este fenômeno jurídico vem no bojo de severas transformações na economia nacional, com a especialização das atividades e a distribuição do risco entre os agentes.²⁷²

Para as conclusões que se pretende expor a seguir, a existência do coligação coloca-se como premissa absolutamente necessária. Isto não decorre simplesmente do fato de que a coligação é o tema desta pesquisa – tal argumento seria risível.

Como será mostrado, o fundamento jurídico para a relativização da confidencialidade é a emergência de especiais deveres de proteção entre os membros da coligação,²⁷³ pelo especial *contato* que surge entre eles.

Por certo, deveres de proteção revestem também contratos que não participam de coligações, e mesmo situações não-contratuais²⁷⁴.

No entanto, no âmbito da coligação contratual tais deveres se colocam entre sujeitos que *não participam* do mesmo contrato. Esta característica, quando

²⁷² Vide tópico 3.1. acima.

²⁷³ Vide tópico 4.2. abaixo.

²⁷⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 100 e seguintes.

confrontada com uma arbitragem que trate de um dos contratos componentes da coligação, faz surgir uma peculiar situação: ao tempo em que existem deveres de proteção entre os participantes da coligação, a arbitragem transcorre isoladamente entre, a princípio, apenas dois deles. Se, e disso provém a importância da segunda premissa (a possibilidade de transmissão de vicissitudes), dessa arbitragem puderem advir danos aos outros participantes da coligação, esses deveres justificam a relativização da confidencialidade.

Em outros termos, a necessidade de verificação de uma coligação contratual decorre do fato de que apenas no âmbito delas o problema da transmissão de vicissitudes entre os contratos coligados se põe. A confidencialidade da arbitragem só se torna um obstáculo à defesa dos direitos das partes diante de uma coligação contratual, e por isso a existência desta é premissa para todo o raciocínio desenvolvido.

4.1.2. A possibilidade de transmissão de “vicissitudes”

Por outro lado, também é premissa para a relativização da confidencialidade no caso concreto a possibilidade de transmissão de vicissitudes²⁷⁵ entre os contratos coligados.

Ainda que seja comum a associação entre “coligação contratual” e “transmissão de vicissitudes entre os contratos coligados”, esta relação não é de forma alguma obrigatória.

Francisco Paulo de Crescenzo Marino demonstra que, ainda que frequente, a transmissão de vicissitudes entre os contratos coligados não ocorrerá necessariamente²⁷⁶. Para que esta transmissão ocorra, mister que a invalidade ou ineficácia de um dos contratos leve à frustração de todo o programa da coligação²⁷⁷.

Ou seja, apenas quando esta condição puder ser verificada pelos árbitros no caso concreto será possível a relativização da confidencialidade.

²⁷⁵ Prefere-se o termo “vicissitudes” por ser suficientemente amplo para abarcar tanto invalidades quanto ineficácias, escapando do extenso debate doutrinário a este respeito da existência de uma “contagação de invalidades” ou de uma “transmissão de ineficácias”.

²⁷⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 189.

²⁷⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. cit.*, p. 194. Vide também tópico 3.2.1. acima.

Ocorre que sem esta transmissão, não há dano aferível àquele que pretende conhecer certos dados da arbitragem, razão pela qual não se é possível afirmar a violação de qualquer dever de proteção, falecendo assim a fundamentação jurídica da relativização.

Desta forma, é possível se questionar: é a simples possibilidade de transmissão de vicissitudes que autoriza a relativização da confidencialidade ou esta transmissão tem que ser capaz de gerar danos àquele que pleiteia a medida?

A questão a princípio parece vã, mas reveste severa importância dogmática, uma vez que os deveres de proteção visam justamente evitar a produção de danos a seus protegidos.²⁷⁸ Ademais, se a resposta a este questionamento for “é a possibilidade de que danos decorram desta transmissão que autoriza a relativização da confidencialidade”, uma das defesas possíveis dos participantes da arbitragem, que pretenda manter seu caráter confidencial, é opor a *inexistência* de danos, uma vez que, p.ex., o contrato que se procura proteger com a medida é, na verdade, leonino ou prejudicial àquele que pleiteia a medida de relativização.

Por outro lado, se a resposta à pergunta formulada propor que “é a mera possibilidade de transmissão das vicissitudes, e não a possibilidade de que um dano concreto emerja ao pleiteante, que autoriza a concessão da medida de flexibilização pelo árbitro”, ter-se-á a situação na qual, aquele que nenhum dano efetivo sofrerá da irradiação da invalidade ou ineficácia do contrato objeto da arbitragem, poderá franquear acesso a elementos confidenciais da arbitragem.

A primeira via parece ser, de acordo com a noção de que a confidencialidade também reveste, de *per sí*, um valor relevante juridicamente,²⁷⁹ a mais acertada.

Deste modo, cumpre àquele que pleiteia a relativização da confidencialidade da arbitragem demonstrar o dano que lhe pode advir da contaminação de “seu” contrato por invalidades ou ineficácias que “resultem” da arbitragem.

Por certo que tal exigência não pode ser exacerbada a ponto de se demandar a prova cabal do dano (que, afinal, ainda não ocorreu), o que levaria a impedir qualquer relativização da confidencialidade. Entretanto, discutir o ônus da

²⁷⁸ Por todos, CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 40 e 41. Para este autor, os deveres de proteção individualizam-se em seu propósito de “defender as partes de todas aquelas intromissões danosas na sua esfera de vida (pessoa e património) que o contacto recíproco durante todo o ciclo vital da relação obrigacional propicia”.

²⁷⁹ Vide tópicos 2.4.1, bem como seus sub-tópicos e a Introdução.

prova escapa do âmbito deste trabalho – para quem interessa somente as premissas e os fundamentos jurídicos para a medida, não a sua detalhada efetivação no procedimento arbitral – de forma que se deixa esta questão em aberto, para aprofundamentos futuros.

4.2. O fundamento jurídico – os deveres de proteção

4.2.1. O conceito de deveres de proteção

Manuel A. Carneiro da Frada explica que a chave fundamental para a compreensão dos deveres de proteção está na noção de relação jurídica obrigacional complexa²⁸⁰.

Para além dos deveres primários ou principais de prestação, nesta perspectiva analisam-se outros deveres, que podem ser de prestação também, ainda que àqueles subordinados ou complementares²⁸¹, ou deveres de proteção.

Estes deveres de proteção, estão “a envolver os deveres de prestar, qualquer que seja a sua natureza”²⁸², mas com eles não se confundem (aliás, como será demonstrado, com base nas lições do mesmo autor, não possuem nem mesmo o mesmo fundamento daqueles, que é a vontade das partes).

Os deveres de proteção, portanto, não se voltam

pura e simplesmente, para o cumprimento do dever de prestar, antes visam a salvaguarda de outros interesses que devam, razoavelmente, ser tidos em conta pelas partes no decurso da relação. De modo geral, eles exprimem, na formulação de LARENZ, a necessidade de tomar em consideração os interesses justificados da contraparte e de adoptar o comportamento que se espera de um parceiro negocial honesto e leal, e costumam fundamentar-se no princípio da boa-fé²⁸³.

²⁸⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 36 e 37.

²⁸¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 37.

²⁸² CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 39.

²⁸³ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 39.

Ou seja, a relação jurídica obrigacional, tomada como *processo* e como *totalidade*²⁸⁴, não é composta apenas de deveres de prestar, mas de deveres que se colocam ao lado destes (deveres laterais²⁸⁵), e protegem interesses outros que o adimplemento perfeito da obrigação.

Estes deveres “são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas”²⁸⁶, existindo diversas possibilidades para sua individualização²⁸⁷.

O enfoque que interessa especificamente a este trabalho é aquele que trabalha com os “deveres de proteção” (terminologia inaugurada por Stoll²⁸⁸), na qual tais deveres procuram “defender as partes de todas aquelas intromissões danosas na sua esfera de vida (pessoa e património) que o contacto recíproco durante todo o ciclo vital da relação obrigacional propicia”²⁸⁹.

Com a relativização da confidencialidade da arbitragem visa-se proteger as partes de danos ao seu património (que ocorreriam pelo *contato* delas no âmbito de uma coligação contratual), franqueando acesso a dados desta aos participantes da coligação que não estejam envolvidos no procedimento arbitral (informações estas que sejam essenciais à defesa futura e ao planeamento estratégico de suas ações).

4.2.2. O fundamento dogmático dos deveres de proteção

O fundamento dogmático dos deveres de proteção é tema muito discutido na doutrina. Questiona-se a sua alocação dentro da responsabilidade civil contratual²⁹⁰, extracontratual²⁹¹, tendo, até o momento²⁹², dominado a noção de que eles representam uma terceira via na responsabilidade civil, que deixaria de ser estar fundamentalmente adstrita àquelas duas formas clássicas, para incorporar também

²⁸⁴ Por todos, COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. 6. reimpressão, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p.17 a 22.

²⁸⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 40.

²⁸⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 40.

²⁸⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 40 e 41.

²⁸⁸ Apud CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 41.

²⁸⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 41.

²⁹⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 45; p. 55 a 60.

²⁹¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 45 e ss.; p. 141 e ss.

²⁹² CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 262 e 263.

os deveres de proteção, com a assunção notas características de cada uma delas²⁹³.

Estes deveres não podem ter seu fundamento dogmático reconduzido à manifestação contratual²⁹⁴, uma vez que, em primeiro lugar, as partes, no âmbito do contrato, “não produzem normalmente declarações que visem a preservação de bens que já integrem a sua esfera jurídica” e recorrer a ficções nesta área seria inadmissível²⁹⁵. Em segundo lugar, também é impossível que se fale aqui em integração do contrato, já que para a viabilidade de tal operação é necessária, no dizer de Carneiro da Frada, “uma falha interna do plano gizado pelos contratantes”, o que não ocorre, uma vez que “o interesse das partes apresenta tipicamente uma feição positiva essencialmente distinta do interesse de integridade”²⁹⁶.

Por estas razões, o autor, que enxerga uma “descontratualização dos deveres de proteção”²⁹⁷, descreve diversas possibilidades dogmáticas para estes²⁹⁸.

Para o autor português, tais deveres, ainda que não possam ser reunidos num único e distinto grupo, podem ter um início de explicação na ideia de “especial contato”²⁹⁹. É dizer, existe um especial contato entre as partes, que faz surgir tais deveres de proteção.

A fórmula do “especial contato”, entretanto, como mostra o autor, é vazia de conteúdo dogmático preciso (servindo tão somente de “esqueleto” para a análise³⁰⁰), e deve ser preenchida. Duas tentativas foram empreendidas, ambas, no entanto, passíveis de críticas. A primeira foi a do “contacto social”,

orientada pela relevância de um momento fático: o da passagem dos indivíduos de uma anónima convivência com a possibilidade de danos ocasionais (que a regra delitual geral do *neminem laedere* visaria prevenir) para situações de mais estreito contacto entre eles, ocorrendo este quando alguém, para alcançar determinado fim, expõe os seus bens, à influência alheia, e, especialmente, quando entra na esfera jurídica dominada por outrem³⁰¹.

²⁹³ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 262 a 265.

²⁹⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 92 e 93.

²⁹⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 92.

²⁹⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 92 e 93.

²⁹⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 93.

²⁹⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 93.

²⁹⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 44 e p. 236 a 238.

³⁰⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 239.

³⁰¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 243.

Ainda que interessante, essa concepção enfrenta diversos problemas, sendo o mais grave deles a fixação de critérios para a seleção jurídica do que considerar (e do que não considerar) contato social relevante³⁰².

Outra tentativa revestiu as teorias da confiança³⁰³, que

visam, quebrando a tradicional dualidade da responsabilidade, introduzir um terceiro fundamento para a imputação de um dano; fundamento que é achado, segundo fórmulas centrais das doutrinas da confiança, na “*Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen*”, e que faz nascer a correspondente “*Verpflichtung (durch Gewährung in Anspruch genommen Vertrauens)*”, cuja violação dá também lugar à responsabilidade³⁰⁴.

Estas teorias, entretanto, também padecem de vícios, notadamente a ambiguidade do conceito de confiança³⁰⁵.

Mas, para além destes problemas pontuais, o principal problema de ambas as teorias apresentadas reside no fato de tratarem *globalmente* os deveres de proteção, como se fossem grupo uno e coeso³⁰⁶. Carneiro da Frada acredita que a melhor forma de tratá-los é deixar-se orientar “*pela tipologia de casos em que eles [deveres de proteção] intervém*”³⁰⁷ (grifos originais). Desta forma, o autor procura analisar diversos fundamentos dogmáticos distintos aptos a preencher o “esqueleto” do “especial contato” apresentado³⁰⁸.

Serão expostos os fundamentos dogmáticos que cada grupo de casos analisado por Carneiro da Frada atrai, para que se possa entender em qual deles encaixa-se a peculiar situação dos contratos coligados, e, assim, deduzir-se qual o fundamento dogmático dos deveres de proteção no âmbito dos contratos coligados.

O primeiro grupo de casos identificado pelo autor são aqueles que “protegem os bens das partes, especialmente propriedade e pessoa, contra lesões

³⁰² CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 243.

³⁰³ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 249.

³⁰⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 249.

³⁰⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 251.

³⁰⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 273.

³⁰⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 261.

³⁰⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 261 a 274. Na p. 273 lê-se: “Em conclusão: constatada a inviabilidade de uma redução dogmática unitária de todos os deveres comumente referidos pelos autores como de protecção da integridade, na sequência da inadequação de explicações globalistas, procedeu-se a uma ponderação de cariz tipológico. No corte da realidade que se efectuou descobriu-se afinal, e contra o que é voga na doutrina, uma textura estratificada. Os deveres de protecção distribuem-se na realidade por um largo espectro que vai desde os confins do delito até zonas limítrofes do acordo negocial, isto é, ao limiar do contrato”.

perpetradas pela outra”³⁰⁹. Aqui o autor nota a proximidade com a responsabilidade aquiliana, porque releva o ato ilícito causador de danos – sua especificidade está em proteger áreas não cobertas pela responsabilidade extracontratual comum.³¹⁰

O segundo grupo de casos analisado diz respeito àquelas situações em que “os deveres de proteção impunham a uma das partes um dever de agir que de outro modo, olhando aos princípios da responsabilidade civil extracontratual, a não oneraria”³¹¹. O risco aos bens da parte lesada, nesta seara, não provém de um ato ilícito, como no primeiro grupo, mas de uma circunstância alheia à vontade do responsável³¹². Ou seja, neste segundo grupo de casos surge

um alargamento da protecção da esfera jurídica contra eventos danosos casuais ou provenientes de terceiro, feito à custa da compressão da liberdade de actuação do parceiro contratual mediante a imposição do dever de agir de modo a evitar o prejuízo³¹³.

Nesse caso, “aflora antes como *ratio* da responsabilidade uma ideia de solidariedade que vigora no espaço do relacionamento contratual”, que é estranha à lógica própria da responsabilidade aquiliana³¹⁴.

Para o autor, nesse segundo grupo de casos,

há uma relevância jurídica do contacto negocial entre as partes, uma relevância que não pode ser reconduzida directamente à vontade das partes (porque esta só abrange o programa contratual estipulado) e que radica antes na relação de facto que o contrato estabeleceu entre as partes. A correspondente eficácia traduz-se na sujeição das partes a determinados deveres de protecção, impostos, podemos dizer, em nome do princípio da boa fé que regula o comportamento contratual³¹⁵.

³⁰⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 261 e 262.

³¹⁰ Aqui parece essencial uma contextualização: o referido autor escreve em Portugal, onde a responsabilidade civil não encontra, em seu viés objetivo, cláusulas gerais tão amplas quanto a extraída do parágrafo único do art. 927 do CCB. Nas palavras do autor: “*Importa agora fazer uma breve referência à posição do direito português no tocante ao estabelecimento das previsões da responsabilidade extraobrigacional. Verifica-se aqui desde logo que, na chamada responsabilidade pelo risco, o legislador seguiu o princípio da enumeração que a limita aos casos especificamente previstos na lei (cfr. Art. 483 n° 2), tendo recusado assim a consagração de um Tatbestand amplo de responsabilidade pelo risco através da introdução de uma cláusula geral*” (CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 137). Por esta razão, parece que talvez este grupo tenha pouca aplicação prática no sistema jurídico brasileiro, que conta com um sistema de responsabilidade aquiliana objetiva capaz de abranger qualquer dano que seja ilícito, seja fundado na culpa ou no risco.

³¹¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 264.

³¹² CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 264.

³¹³ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 264.

³¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 265.

³¹⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 266.

Dentro deste grupo se distinguiriam duas situações: aquelas em que “há um fundamento de vinculação não delitual por força de determinadas formas de contacto social *tout court*”³¹⁶, e aquelas nas quais a “vinculação tem origem numa espécie de *acordo de facto* (que não desenvolve uma eficácia jurídico-negocial)”³¹⁷.

Na primeira situação, ressalta-se a “inexistência de circunstâncias valoráveis como acto de concordância das partes” quanto aos deveres de proteção, sendo marcantes casos como a obrigação “imposta ao locatário de avisar o locador dos perigos que ameaçam a coisa”³¹⁸.

Já na segunda situação este “acordo de facto” seria a base dos deveres de proteção. Nesta situação podem atuar com mais precisão as teorias da confiança, porque nos casos por ela abarcados se supera a ambiguidade do conceito de confiança pelo perceptível “investimento de confiança” que neles existe³¹⁹.

Entretanto, sob a alcunha de “investimento de confiança”, Carneiro da Frada trata essencialmente de situações onde um bem é *entregue* diretamente em confiança a outrem, ainda que sem contrato³²⁰, quedando bastante restrito o seu alcance.

O autor descreve, paralelamente a este grupo de casos unificados pelo “investimento de confiança”, uma situação bastante específica, que se reúnem pela possibilidade de atuação do *princípio da solidariedade*³²¹ (o autor, entretanto, não se preocupa em distinguir um *terceiro grupo de casos*; aqui trata-se ainda da situação do “acordo de facto”, entretanto, não mais baseado na *confiança* e sim na *solidariedade*).

Nesta situação específica do segundo grupo de casos, é o princípio da solidariedade que vai preencher o especial contato social, fazendo emergir deveres de proteção, sem que a parte responsável necessariamente esteja “investida no controlo material da coisa alheia”³²².

³¹⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 268.

³¹⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 268.

³¹⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 265.

³¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 269. Em exemplo dado pelo autor, quando o proprietário entrega um bem – o confia – à outra parte, renunciando a seu controle direto, porque acredita no comportamento probó e leal da outra parte.

³²⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 270 e 271.

³²¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 273.

³²² CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 272.

O autor não trata do caso dos contrato coligados, entretanto, parece razoável reconduzi-los ao segundo grupo de casos analisado (quando inexistente a conduta ilícita causadora do dano). Isto porque é evidente que iniciar uma arbitragem é exercer uma posição jurídica conferida por uma cláusula arbitral, referente mesmo ao direito constitucional de ação, de modo algum um ato *ilícito*; e a transmissão de vicissitudes ocorre sem nenhuma interferência da vontade das partes, a descartar completamente o enquadramento da hipótese no primeiro grupo de casos.

Por sua vez, dentro do segundo grupo, o enquadramento é mais difícil.

Saber se o que dá fundamento dogmático aos surgimento dos deveres de proteção no âmbito da coligação contratual é simplesmente uma especial situação de contato social, ou se é um acordo de fato entre as partes, baseado na confiança destas entre si, ou na solidariedade que deve existir em sua relação social, é resposta que só poderá ser dada em análise do *caso concreto*, atenta, sobretudo, à espécie de coligação de que se trata.

Qualquer uma das três situações, que compõem o segundo grupo de casos analisado por Carneiro da Frada, parece possível de acontecer em uma coligação contratual que se desenvolva em torno de um fim comum a todos seus participantes. É o modo como será construída a coligação que dará a chave para a fundamentação do surgimento de deveres de proteção no caso concreto.

Não parece haver muitas dúvidas que, em regra, quem constrói uma coligação contratual o faz sobretudo baseado na confiança, também dando início a um contato social especial entre os participantes. Destarte, uma vez comprovada a existência de contratos coligados, não parece difícil que se demonstre também a existência de um investimento de confiança entre as partes, ou um contato social especialmente orientado pelo ambiente da coligação.

Por fim, os objetivos próprios da coligação também parecem ser capazes de orientar uma solução com base na solidariedade entre os participantes, no sentido do terceiro fundamento para os deveres de proteção apresentados por Carneiro de Frada.

Por certo que um destes fundamentos deve prevalecer no caso concreto, no entanto, esta resposta terá interesse meramente teórico, uma vez que os três são aptos a sustentar a existência de deveres de proteção no âmbito da coligação, e,

desta forma, subsidiar a argumentação favorável à concessão da medida de relativização da confidencialidade da arbitragem no caso concreto.

4.2.3. Os deveres de proteção e os contratos coligados

Como foi dito, a coligação contratual divide-se em diversas espécies, sendo impossível tratamento unitário de todas elas, dadas suas especificidades³²³.

Destarte, será dividida a análise da existência ou não de deveres de proteção conforme cada espécie.

Chegada a hora de tomar uma decisão – ainda que esta se restrinja à utilidade para o estudo dos deveres de proteção no âmbito de cada espécie de coligação – entre as classificações das espécies de coligação apresentadas acima³²⁴.

Entende-se que a classificação apresentada por Rodrigo Xavier Leonardo é mais adequada a este enfoque, porque é a única que se preocupa em evidenciar o surgimento de deveres de proteção no âmbito das coligações contratuais³²⁵.

As outras classificações, em que pese seu rigor lógico (e mesmo terem servido de mola propulsora da alteração de pensamento de Leonardo), silenciam sobre estes deveres³²⁶, não considerando (ao menos de maneira evidente) a existência de deveres de proteção um dos índices em torno do qual construir a classificação.

Pela classificação adotada as espécies de coligação contratual dividem-se em “a) os contratos coligados em sentido estrito; b) os contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes; c) os contratos conexos”³²⁷. Os próximos três pontos são destinados a analisar a existência ou não de deveres de proteção em cada espécie de coligação.

³²³ Vide item 3.1.5.

³²⁴ Vide item 3.1.5.

³²⁵ Ainda que o autor restrinja tais deveres à espécie dos contratos conexos. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 17.

³²⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 106.

³²⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 9.

4.2.3.1. Os contratos conexos - os deveres sistemáticos

Os contratos conexos, para a classificação eleita no âmbito deste trabalho, são uma das três espécies de coligação contratual,³²⁸ notadamente aqueles em que

a ligação entre os dois ou mais contratos se dá, predominantemente, pelo nexó entre eles existente, independente da estipulação de uma eficácia paracontratual em norma jurídica ou por cláusula contratual (...) Nestes casos é a operação econômica supracontratual, movida por um propósito igualmente supracontratual, que justifica o reconhecimento de um especial nexó, com a atribuição de específicas consequências jurídicas³²⁹.

Da conexão contratual surgem “deveres sistemáticos”, justamente da incidência da cláusula de boa-fé objetiva, no peculiar âmbito que envolve os contratos conexos³³⁰.

Já se descreveu acima tais deveres, tomados pela doutrina como surgindo no âmbito mais estreito da conexão contratual e impõem “comportamentos compatíveis não apenas nas relações contratuais singulares, mas, sobretudo, nas relações determinadas pela conexão”³³¹.

Disso decorreria, no âmbito dos contratos conexos,

uma para-eficácia entre os contratos em rede, sintetizada em um dever geral de proteção em favor do sistema explicitado nos diversos deveres laterais provenientes dos objetivos de ordem sistemática acima destacados, sem prejuízo de um dever de proteção dos destinatários finais dos produtos e serviços ofertados mediante uma rede de contratos³³².

Estes deveres sistemáticos são mais amplos que os deveres de proteção, abrangendo também, v.g, a “proteção dos destinatários finais dos produtos e serviços ofertados mediante uma rede de contratos”³³³. mas certamente contêm

³²⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 9.

³²⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 10.

³³⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 34.

³³¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 34.

³³² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154.

³³³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2004, p. 154.

aqueles deveres que justificam a relativização da confidencialidade, posto que devem proteger também a integridade dos participantes³³⁴.

Nos contratos conexos, pela necessidade de se proteger a “operação econômica supracontratual” (com seu nexo econômico e funcional) foram reconhecidos estes deveres sistemáticos, que abarcam os deveres de proteção³³⁵. Por esta razão, a existência de uma “operação econômica supracontratual” pode vir a ser bom índice para a aferição concreta de deveres de proteção e, por consequência, da possibilidade de relativização da confidencialidade da arbitragem no caso concreto.

Em suma, no âmbito dos contratos conexos a doutrina consagrou a existência de deveres de proteção, derivados da peculiar incidência da cláusula geral de boa-fé objetiva diante do especial *contato* entre os participantes que surge em decorrência dos nexos aferíveis na conexão.

Por essa razão, a comprovação de que a coligação contratual é, no caso concreto, da espécie “conexão contratual” será de grande auxílio para a decisão dos árbitros, uma vez que a questão da existência dos deveres de proteção estará resolvida.

4.2.3.2. A coligação por cláusula expressa

A coligação por cláusula expressa é, como o próprio nome já diz, “a identificação da coligação e a determinação de seus efeitos, pelo menos em princípio, é fruto do exercício da autonomia contratual”³³⁶.

Rodrigo Xavier Leonardo que nestes casos “os contratantes, em dois ou mais contratos, estabelecem cláusulas que, em maior ou menor medida, vinculam uma relação contratual a outra”³³⁷.

Equivaleria ao que Francisco Paulo de Crescenzo Marino chamou de “coligação voluntária expressa”³³⁸.

³³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 154 e 155.

³³⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2004, p. 154 e 155.

³³⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 10.

³³⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, 2013, p. 16.

Nesta espécie de coligação a intenção de formar uma coligação entre os contratos é posta às claras pelas partes. Justamente por isso, desfaz-se a *obrigatoriedade* da existência de uma operação econômica supracontratual a justificar a coligação^{339,340}.

Entretanto, parece não haver óbice para que se reconheçam também deveres de proteção entre os participantes, a depender, por óbvio, de índices mínimos que se verifiquem no caso concreto depondo desta conclusão.

Como já dito, os deveres de proteção são aqueles que se colocam ao lado dos deveres de prestação dos contratos, para fornecer uma eficácia protetiva superior ao que a responsabilidade civil tradicional (contratual ou aquiliana) seria capaz de fornecer³⁴¹.

No caso específico da coligação por cláusula expressa, um dos fundamentos dogmáticos possíveis a sustentar a existência dos deveres de proteção parece ser a existência de uma *forma diferenciada de contato social* entre as partes da coligação.

Não é possível negar que quando duas ou mais partes celebram acordos para vincular a sorte de seus contratos, desenvolve-se de maneira espontânea, ainda que se não deseje nem planeje, uma forma especial de contato entre estas partes.

³³⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 106.

³³⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 16.

³⁴⁰ O fato de não ser necessária a existência de uma “operação econômica supracontratual” (com seu consequente “nexo econômico e funcional”) nestes casos não parece fazer dela impossível ou indesejável. Leonardo afirma a obrigatoriedade da averiguação no caso concreto desta “operação econômica supracontratual” apenas para casos de conexão contratual (*Op. cit.*, 2013, p. 10). Entretanto, este autor não exclui expressamente a possibilidade de sua ocorrência em outras formas de coligação (*Op. cit.*, 2013, p. 9 e 10), afirmando genericamente que a “causa sistemática”, como causa própria da coligação, diferente e autônoma com relação as causas dos contratos coligados, aparece em todas as formas de coligação (*Op. cit.*, 2013, p. 9). Aparentemente, em sendo possível verificar de maneira definitiva o surgimento de uma “causa sistemática” própria da coligação por cláusula expressa, bem como de uma “operação econômica supracontratual” que ela represente, também nas “coligações por cláusulas expressas”, poderiam ser aplicadas as mesmas conclusões propostas acima para os contratos conexos (existência de deveres sistemáticos, trazendo em seu bojo deveres de proteção).

³⁴¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 39.

Deste modo, a manifestação *pró-coligação* expressa deve ser considerada como um *fato jurídico relevante* para a determinação da existência dos deveres de proteção – e não como *fonte* dos deveres de proteção³⁴².

Isto se justifica por esta manifestação contratual inaugurar – ainda que não seja este seu objeto ou intenção – uma *especial forma de contato social* entre as partes, atraindo deveres de proteção baseados na boa-fé objetiva³⁴³.

Por outro lado, também não haveria neste âmbito especial dificuldade em se remeter a existência destes deveres ao “acordo de facto” descrito por Carneiro da Frada³⁴⁴, a ser apoiado ou na solidariedade ou na confiança³⁴⁵.

Em outros termos, no caso das coligações por cláusula expressa podem estar presentes todos fundamentos dogmáticos dos deveres de proteção, tratados acima.

Por todo o exposto, também no âmbito de uma coligação por cláusula expressa seria possível se fundamentar juridicamente a concessão de uma medida de relativização da confidencialidade da arbitragem pelos árbitros, desde que, obviamente, presentes as premissas tratadas acima.

³⁴² Tomá-las como fonte implicaria atribuir natureza contratual aos deveres de proteção, o que é repellido por Carneiro da Frada (*Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 92 e 93) Ademais, na ausência de uma estipulação expressa sobre estes deveres, o raciocínio da origem “contratual” dos deveres de proteção obrigaria à uma ficção ou presunção (CARNEIRO DA FRADA, *Op. cit.*, p. 60 a 69), o que não parece razoável nem desejável.

³⁴³ Este raciocínio lógico, bastante persuasivo, é de Carneiro da Frada. Vide: CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 267: “Atente-se agora no seguinte aspecto: a fonte dos deveres inspirados pela boa fé no contrato não está na própria boa fé, cuja função é apenas a de normatizar certos factos, nem no contrato como acto de autonomia privada directamente determinativo de consequências jurídicas. Para os efeitos das situações que consideramos, este funciona como mero *facto jurídico, não negocial*. Um facto cuja eficácia é a oneração das partes com determinados deveres cuja violação implica responsabilidade (...)”. Mais a frente, à p. 268, explica o autor ser esta situação uma daquelas “em que há um fundamento de vinculação não delitual por força de determinadas formas do contacto social *tout court* (...)”. As hipóteses que se referiram por último [justamente as citadas acima] parecem acercar-se ao primeiro sector dada a ausência ou irrelevância de circunstâncias valoráveis como acto de concordância das partes em relação ao surgimento dos deveres de comportamento implicados”.

³⁴⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Op. cit.*, p. 268 a 273.

³⁴⁵ Ainda que, a qual destes fundamentos será remetido o caso concreto, seja questão que só pode ser resolvida quando este surgir.

4.2.3.3. A coligação em sentido estrito

Por fim, resta tratar da coligação em sentido estrito. Esta espécie de coligação é aquela em que a lei “prevê a coligação e a operação econômica supracontratual”³⁴⁶.

Por sua vez, equivaleria ao que Francisco Paulo de Crescenzo Marino chamou de “coligação *ex lege*”³⁴⁷.

Acredita-se que o regramento de eventuais deveres de proteção no âmbito desta espécie de coligação dependeria de maneira determinante da Lei que a estabelecesse, parecendo razoável, inclusive, que esta expressamente excluísse a existência de quaisquer deveres desta espécie na coligação que cria.

Em omitindo-se a Lei, os casos concretos devem ser seriamente analisados, procurando índices e fundamentos para o surgimento dos deveres de proteção, que podem ser, como se trouxe acima, a existência de deveres sistemáticos, ocasionada pela verificação *in concreto* de nexos econômicos e funcionais entre os contratos³⁴⁸, o especial contato social entre as partes ou um acordo de fato calcado na solidariedade ou no investimento de confiança³⁴⁹.

Ademais, mister que se proceda cautelosamente a qualquer solução prévia neste âmbito, uma vez que a lei pode determinar coligações contratuais nas quais os participantes sejam concorrentes diretos por um ramo do mercado, hipótese em que outros valores se somariam à solução da questão imposta pela confidencialidade.³⁵⁰

Ou seja, ainda que nesta espécie de coligação os deveres de proteção também sejam logicamente possíveis, outros valores devem ser cuidadosamente analisados pelos árbitros encarregados da decisão, o que leva a se pugnar pela insuficiência (ao menos teórica), e não pela imprestabilidade (note bem!), da pura e simples existência de deveres de proteção no caso concreto para autorizar a relativização da confidencialidade.

³⁴⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 9.

³⁴⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 104.

³⁴⁸ Vide item 4.2.3.1.

³⁴⁹ Vide item 4.2.2.

³⁵⁰ Afinal, uma das razões da confidencialidade é proteger segredos industriais sobretudo contra os concorrentes do agente que participa da arbitragem.

4.3. A contrapartida

Até este ponto foi tratada a relativização da confidencialidade, de modo a permitir a defesa dos direitos dos participantes da coligação que não sejam parte da arbitragem. Concluiu-se pela possibilidade jurídica deste pleito, como ficou demonstrado acima.

No entanto, é importante frisar que o acesso dos interessados às informações necessárias à defesa de seus direitos no âmbito da arbitragem não pode ser franqueado ‘gratuitamente’ – é necessário cercar de alguma garantia jurídica as partes na arbitragem, para que suas informações não sejam indevidamente utilizadas.

Por esta razão, parece evidente que aquele que pleiteia em seu favor (e é bem sucedido em seus pedidos) a relativização da confidencialidade da arbitragem deve ele mesmo respeitar o caráter confidencial que estas informações revestem. Ou seja, não pode ele utilizá-las para nada além da defesa estrita de seus direitos, se algum ataque a estes vier a ocorrer. Deve atentar para que não sejam devassadas, nem para que uma sua desnecessária publicação venha a ocorrer, gerando danos àquele que as titulariza.

Destarte, a operação de relativização da confidencialidade da arbitragem age de maneira dúplice – de um lado permite o acesso àquelas informações confidenciais das partes necessárias à tutela dos direitos de outro participante da coligação, diminuindo o âmbito de sua proteção; por outro lado integra-se logicamente este que teve acesso às ditas informações ao dever de confidencialidade, como corolário lógico da boa-fé objetiva, exposta no item 2.4.1.2. acima.

Ademais, sublinha-se um respeito à igualdade nesta solução. Isto porque seria um tanto quanto anti-isonômico que uma das partes, a jungida à cláusula arbitral, devesse respeitar esta confidencialidade, enquanto a outra, aquela que tomou conhecimento das informações confidenciais das partes em arbitragem por meio da relativização da confidencialidade típica de seu procedimento, estivesse livre para utilizar estas informações como bem entendesse.

Assim como a parte em arbitragem, que pode utilizar destas informações apenas e tão somente na defesa de seus direitos, sem abuso, conforme a jurisprudência citada no ponto 2.4.1.3. acima, aquele que toma conhecimento destas

informações também deve respeitar tais limites, como corolário da isonomia que rege o ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, *caput* e inciso I, da CF).

5. Conclusões

Neste trabalho optou-se por uma metodologia que procurou analisar, estudar e expor os temas de maneira gradual, construindo-se os dois primeiros capítulos para o tratamento das imprescindíveis bases teóricas da análise mais aprofundada sediada no terceiro capítulo.

Na introdução apresentou-se a problemática que deveria ser abordada. A pesquisa originou-se das inquietações do autor diante dos tão díspares sistemas de valores que informavam assuntos que, na prática, devem andar tão juntos. De um lado, a arbitragem procurando manter a confidencialidade e os efeitos relativos dos contratos, de outro, o fenômeno da coligação contratual, “espalhando” ineficácias e invalidades a partes que não participaram dos contratos originalmente viciados ou desconstituídos.

Perturbava o autor que esferas jurídicas pudessem vir a ser atingidas pela solução de uma arbitragem – por meio da transmissão de vicissitudes típica à coligação contratual – sem ao menos que os titulares destas esferas atingidas pudessem tomar ciência aprofundada daquilo que os atingiu. Tratava de se proteger a incolumidade das esferas jurídicas, no sentido do direito material, e a ampla defesa, no sentido do direito processual.

No entanto, isto não podia ser feito em desatenção às categorias próprias da arbitragem, a seus fundamentos, suas razões e suas características. Haveria de se respeitar também a arbitragem.

Destarte, o primeiro capítulo trouxe o estado d’arte da arbitragem no Brasil, analisando como a confidencialidade é um valor, ainda que não expresso na LBA,³⁵¹ relevante para as partes que se socorrem desta via de solução de litígios jurídicos.

Com base nas consagradas ideias de arbitragem como via “mais adequada” para a solução de um certo tipo de litígios, procurou-se expor as posições de diversos e relevantes doutrinadores a respeito da importância da confidencialidade para a atratividade da arbitragem.

Para estes doutrinadores, a confidencialidade seria uma das “vantagens” da arbitragem com relação ao Judiciário Estatal. Permitiu-se a ousadia, que em nada

³⁵¹ Lembre-se que esta Lei – que tem, juntamente com a doutrina que a sustentou antes e depois de sua promulgação, todos os méritos pela ascensão da solução arbitral no Brasil – tratou tão somente do dever de “discrição” do árbitro, omitindo-se sobre a confidencialidade que devem guardar também as partes e os demais “trabalhadores” da arbitragem.

depõe contra as lições de fundo destes professores, de se discordar da utilização do termo “vantagem” para nomear as “características” da arbitragem. Afirmou-se, e se reafirma, para que não haja dúvidas àqueles que devem criticar o trabalho que se apresenta, a inadequação deste termo. Isto porque, quando se nomeia uma “característica” “vantagem”, está-se necessariamente colocando-a em comparação com as características de algo que se toma como modelar ou, ao menos, referencial.

Não parece que esta seja a postura correta. É necessário que a arbitragem seja pensada autonomamente, não em contraposição ao Poder Judiciário ou a qualquer outro modo de solução de litígios, seja estatal, seja privado.

Por esta razão, a arbitragem tem “características”, entre elas a confidencialidade, que, em determinados casos vão se colocar como “vantagens”, quando, no *caso concreto*, atenderem mais adequadamente aos interesses das partes do que as características de outro método de solução de litígios.

Com isso não se quer defender – obviamente, e ficou demonstrado no texto – que as “características” da arbitragem sejam ontológicas ou eternas. Colocam-se tão somente, como tudo, como a construção atual, o “estado d’arte” da matéria.

Nesta toada, ao mesmo tempo que se mostrou que a confidencialidade tem raízes, em regra, na vontade das partes que submetem seu litígio à arbitragem, por meio da assunção de regulamentos de institutos de arbitragem respeitados que a prevêm. Entretanto, também é possível que a confidencialidade venha a ser justificada como desdobramento da boa-fé objetiva, que impõe um dever de sigilo àqueles que se envolvem em relações contratuais.

Acredita-se que a boa-fé objetiva tem aplicação na arbitragem devido à natureza jurídica desta. Ainda que seja assente em doutrina e jurisprudência que o árbitro desenvolve uma atividade jurisdicional, também é assente que o fundamento da legitimidade deste poder é o acordo das partes.

Por isso diz a doutrina que a arbitragem tem natureza mista, como se mostrou no texto. Iniciando como um contrato, deve incidir a cláusula geral de boa-fé objetiva também sobre a arbitragem, por força do art. 422 do CCB, que prevê esta incidência a todas as relações contratuais, sem qualquer discriminação.

Com essa exposição teórica, procurou-se mostrar que a confidencialidade, característica da arbitragem que, a depender do caso concreto, pode colocar-se como uma vantagem, a balizar a solução arbitral como a mais adequada a um litígio,

é um valor jurídico por si, devendo ser considerada em qualquer análise sobre a arbitragem.

Também se expôs, a bem da verdade, as relativizações que a confidencialidade tem sofrido em sede, sobretudo, de arbitragem internacional. Com isso quis-se demonstrar que o presente trabalho “nada com a corrente”, não propondo qualquer “revolução” na matéria, o que seria incompatível com a atual fase da pesquisa do autor.

No segundo capítulo abordou-se o fenômeno dos contratos coligados. Como o fenômeno começou apenas recentemente a ser estudado na doutrina brasileira, acreditou-se necessário despendar com ele algumas páginas para a sua adequada e contemporânea limitação, de forma a facilitar o acesso do leitor à problemática que instigou à feitura desta pesquisa.

Por estas razões, dedicou-se o início deste capítulo à exposição das mais importantes e atuais teorias e classificações que a doutrina brasileira produziu sobre o tema.

Em seguida, ainda dentro do segundo capítulo, foram expostas as principais consequências do reconhecimento da coligação contratual: a transmissão de vicissitudes e o surgimento de deveres sistemáticos (estes restritos a uma espécie de coligação).

Como último ponto deste capítulo, procurou-se demonstrar de maneira mais clara e aprofundada a problemática instigadora desta pesquisa, a saber: “como lidar com casos onde a confidencialidade da arbitragem, aliada a uma situação de coligação contratual transmissora de vicissitudes entre os contratos participantes, coloca-se como óbice à defesa dos direitos dos outros participantes da coligação, da incolumidade de suas esferas jurídicas?”.

Dever-se-ia admitir algum tipo de relativização da confidencialidade da arbitragem, para proteger os direitos dos outros participantes da coligação. Mas em qual grau e sob quais fundamentos jurídicos?

A resposta parece ter sido encontrada satisfatoriamente nas belas e sedimentadas doutrinas a respeito dos deveres de proteção.

Note-se que o autor desta monografia não inova quando envereda por tais caminhos. Estes deveres de proteção já são utilizados pela doutrina especializada nos contratos coligados a bastante tempo (como fica demonstrado no texto do capítulo 3) – o autor tão somente aprofunda uma de suas potencialidades.

E desse aprofundamento das potencialidades da aplicação dos deveres de proteção à coligação contratual é que surge o terceiro capítulo da pesquisa.

Este capítulo, antes de mais nada, apresenta a doutrina sedimentada sobre os deveres de proteção, bem como as principais questões a seu respeito.

Apresentam-se as premissas para a relativização da confidencialidade da arbitragem com base neles, que derivam logicamente da problemática posta.

Após uma adequada exposição sobre os fundamentos dogmáticos dos deveres de proteção, passa-se à análise dos deveres de proteção em cada espécie de coligação reconhecida pela doutrina, uma vez que, acredita-se, a aferição destes deveres no caso concreto é o fundamento jurídico que autoriza a relativização da confidencialidade no caso concreto.

No último ponto propôs-se, de *lege ferenda*, uma “contrapartida” à relativização da confidencialidade. Entende-se que esta não pode ser concedida sem que aqueles que dela se beneficiarão também estejam jungidos a não abusar dos conhecimentos desta forma adquiridos.

Ainda que falte qualquer apoio doutrinário, legal ou jurisprudencial ao autor, parece que esta solução não repugna ao direito, impondo-se como corolário da igualdade e da boa-fé, princípios incontestes do ordenamento jurídico brasileiro.

Este é, em linhas gerais, o trabalho apresentado. Sua pretensão não é, de forma alguma, esgotar o assunto debatido. Espera-se com ele tão somente fomentar a discussão em torno das *interferências* possíveis entre a arbitragem e o fenômeno da coligação contratual – tema que, ainda que comum na vida cotidiana da arbitragem, ainda não tem recebido atenção adequada pela doutrina especializada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. 4. ed. revista e ampliada; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; R. C. FONTES, André. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 14, p. 48 a 51, ano 4, julho a setembro/2007.

BASSO, Maristela. *Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 733, p. 11 a 23, ano 85, nov./1996.

BATISTA MARTINS, Pedro A. *Arbitragem e intervenção voluntária de terceiros: uma proposta*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 33, p. 245 a 269, ano 9, abril a junho/2012.

BRAGHETTA, Adriana. *Confidencialidade é regra geral na arbitragem*. Disponível em: <http://www.info4.com.br/ver/ver.asp?cod=702378&nome=1432&cliente=1432>. Acesso em: 30 de julho de 2013.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Intervenção de terceiros na arbitragem*. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; GARCEZ, José Maria Rossani. (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem. In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 261 – 275.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2009.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 25, p. 43 a 70, ano 7, abril – junho/2010.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1976.

_____. *A obrigação como processo*. 6. reimpressão, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

_____. *O juízo arbitral no direito brasileiro*. *Revista de informação legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, nº 98, p. 139 – 150, ano 25, abril – junho/1988 Ano 25, nº 98, abril – junho / 1988.

FONSECA; Rodrigo Garcia da. *Os contratos conexos, as garantias e a arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 29, ano 8, p. 165 – 180, abril a junho/2011.

GARCEZ; José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. *Arbitragem e litisconsórcio* – (Direito brasileiro e direito comparado). n: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral, Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003, p. 246 – 265.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira*. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos em homenagem à Professora Vera Fradera*. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo).

MAGALHÃES; José Carlos de. BAPTISTA; Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARTINS-COSTA; Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. 7. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MORAIS; José Luis Bolzan de. Com a colaboração de: SILVEIRA, Anarita Araujo da. ARAUJO, Adriano Luís de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1999.

PONTES DE MIRANDA; Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. Situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2ª Edição, reformulada e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHMIDT, Frank H.; LAPP, Thomas; MONßEN, Hans-Georg. *Mediation in der Praxis des Anwalts*. München: Verlag C.H. Beck, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 903, p. , ano 100, janeiro/2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Arbitragem e Litisconsórcio*. Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiro. In: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral, Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003, p. 207 – 245.

_____. *Arbitragem e terceiros – litisconsórcio fora do pacto arbitral – outras intervenções de terceiros*. In: BATISTA MARTINS, Pedro A.; GARCEZ, José Maria Rossani. (Coord.) *Reflexões sobre arbitragem*. In memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: Editora LTr, 2002, p. 227 – 260.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.